Die Aufhebung des Bauwerkvertrages und die Sicherung der Forderungen der Unternehmer gemäß § 648 BGB.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Wilhelm Stark

Kammergerichtsreferendar aus Berlin-Karlshorst

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1929

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Eberhard Bruck

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Großeltern!

Inhalt

Seite

Vorbemerkung.

Gegenstand und Umfang der Arbeit 1

Einleitung.

I. Die rechtliche Notlage der Bauwerkunternehmer und die Notwendigkeit von Schutzbestimmungen 1
II. Die allgemeinen Sicherungsmittel 3

I. Hauptteil.

a) Inhalt und rechtliche Natur des Bauwerkvertrages 5
b) Die Sicherung der Forderungen des Unternehmers gemäß § 648 BGB. 12
c) Geschichtlicher Überblick 16

II. Hauptteil.

Die Aufhebung des Bauwerkvertrages und die Sicherung der Forderungen der Unternehmer gemäß § 648 BGB.

a) Wandlung 18
b) Kündigung 31
1. Kündigung nach § 649 BGB. 31
2. Teilkündigung 37
3. Kündigung nach § 650 BGB. 38
4. Kein Kündigungsrecht analog den §§ 626, 627 BGB. 40
5. Kündigung gemäß §§ 643, 642 BGB. 41
c) Rücktritt 42
1. Rücktritt gemäß § 636 Abs. I Satz 2 42
2. Rücktritt gemäß § 636 Abs. I Satz 1 42
3. Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung 43
4. Rücktritt wegen Unmöglichkeit 45
d) Tod einer Partei 46
e) Konkurs einer Partei 47

Literatur

Budde, Kann der § 648 BGB. zu einem genügenden Schutze für die Baugläubiger ausgestaltet werden? In DJZ. 1906 S. 1221 ff.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Jena 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Tübingen u. Leipzig 1905.

Dankwarth, Die locatio conductio operis. In JheringsJahrb. Bd. 13 S. 299 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. 2. 3. Aufl. Halle 1882.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. II: Die Schuldverhältnisse. 3. Aufl. Halle 1906.

— Pandekten. 4. Aufl. Bd. II. Berlin 1894.

Drost, Die Sicherung der Bauforderungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, insbesondere § 648 BGB. Diss. Erlangen 1906.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1899. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgeg. von O. Fischer.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 2. Abt.: Recht der Schuldverhältnisse, 18.—22. Aufl. Marburg 1923; Bd. II, 1. Abt.: Sachenrecht, 15.—19. Aufl. Marburg 1923.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. München 1923.

Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker. Leipzig 1901.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 3: Schuldrecht. 1917.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Güthe-Triebel, Grundbuchordnung. 4. Aufl. 1923—1925.

Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag im BGB. Mannheim 1898.

Hanseatische Gerichtszeitung. (HansGZ.)

Hagelberg, Kommentar zum Reichsgesetz vom 1. 6. 1909. Berlin 1911.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 4. Aufl. Berlin 1913.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, herausgeg. von Johow und Ring. (KGJ.)

Janker, Der Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen, seine geschichtliche Entwicklung und bisherige Kritik. Diss. München 1909.

Juristische Wochenschrift. (JW.)

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. f. d. D. R. Jena 1900.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Kretschmar, Das Sachenrecht des deutschen BGB. Leipzig 1906.
Kuhlenbeck, Das BGB. f. d. D. R. 2. Aufl. Berlin 1903.
Landsberg, Das Recht des BGB. 1908.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. Leipzig 1903.
Leipziger Zeitschrift. (LZ.)
Levy, Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. Diss. Erlangen 1903.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des D. R. Leipzig Bd. I 1902, Bd. II 1908.
Matthiaß, Lehrbuch des BGB. 5. Aufl. Berlin 1910.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. f. d. D. R. (Mot.)
Neumann, Handausgabe des BGB. 6. Aufl. Berlin 1912.
Oberneck, Reichsgrundbuchordnung. 4. Aufl. 1909.
Ochß, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 BGB. zu beurteilenden Rechtsverhältnisse. Diss. Leipzig 1903.
Oertmann, Wandlung beim Werkvertrag. In Recht 1920 S. 153.
— Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht. Berlin 1901.
— Bauwerk und Bauwerkvertrag. In ArchBürgR. 38 S. 169.
— Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910.
Planck, Kommentar zum BGB., herausgeg. von Strohal. 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1925.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1898/99. (Prot.)
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgeg. von Mugdan und Falkmann. (OLG.)
Reichsgerichtsräte, Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von. 5. Aufl. Berlin u. Leipzig 1923; 6. Aufl. Bd. II, 2. Teil 1928.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. f. d. D. R. Jena 1900. In den Abhandl. z. Privatrecht u. Zivilprozeß des D. R., herausgeg. von O. Fischer.
Rümelin, Dienst- und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Scherer, Das Berliner Hausbau-Rezept und die Entwürfe eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen. In JW. 1902 S. 209.
Schöller, Die Folgen der schuldhaften Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. In Gruch. 46 S. 253 ff.
Schultz, Max, Die rechtliche Stellung der Bauhandwerker nach den §§ 648, 649 BGB. Diss. Leipzig 1914.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. (SeuffArch.)
Simeon-David, Recht und Rechtsgang im D. R. Bd. I: Lehrbuch des BGB. 12.—13. Aufl. Berlin 1923.
Simonsohn, Der gesetzliche Schutz des Bauhandwerkers. Diss. Greifswald 1898.
Staub-Koenige, Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. Berlin 7. u. 8. Aufl. 1912, 9. Aufl. 1926.

Stieff, Bauherr und Bauunternehmer. Berlin 1928.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem bürgerl. Recht. Leipzig 1900.
Warneyer, Kommentar zum BGB. Tübingen 1923.
— Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband, enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. (Warn.)
Weil, Begriff und Bedeutung der Nebensachen. Diss. Erlangen 1907.
Werneburg, Das Baurecht. Berlin 1928.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Wolff, Martin, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau nach dem BGB. f. d. D. R. In den Abhandl. z. Privatrecht u. Zivilprozeß, herausgeg. von O. Fischer.
Zubke, Das Kündigungsrecht beider Vertragsteile beim Werkvertrage nach dem BGB. Diss. Rostock 1908.

Vorbemerkung.

In der vorliegenden Abhandlung hat sich der Verfasser die Aufgabe gestellt, die Rechtsverhältnisse der Bauwerkunternehmer in Beziehung zum Besteller oder Eigentümer des Grundstückes, insbesondere die Rechtsverhältnisse bei Aufhebung der Bauwerkverträge und die Sicherung der Forderungen gemäß § 648 BGB. zu behandeln.

Es wird zunächst dargelegt werden, daß die rechtliche Notlage der Bauwerkunternehmer und die Notwendigkeit von Schutzbestimmungen allgemein anerkannt wird. Sodann soll kurz gezeigt werden, daß die allgemeinen Sicherungsmittel auf diesem Gebiete aus den verschiedensten Gründen, die in der Natur der Sache liegen, unanwendbar sind, und daß als das hauptsächlichste Sicherungsmittel doch nur der § 648 BGB. in Betracht kommt.

Nachdem die rechtliche Natur des Bauwerkvertrages und die Voraussetzungen des § 648 BGB. dargelegt sind, soll insbesondere die Aufhebung der Bauwerkverträge aus den verschiedensten Gründen behandelt werden, da naturgemäß hierbei die meisten rechtlichen Streitfragen entstehen. Auch in der großen Mehrzahl der Rechtsstreite auf diesem Gebiete spielt die Aufhebung des Vertrages eine Rolle, da bei den widerstreitenden Interessen hierbei oft Streitigkeiten unter den Parteien entstehen; ja, meistens sind Streitigkeiten unter den Parteien die Ursache der Aufhebung des Vertrages.

Im Anschluß an diese Fragen soll dann erörtert werden, ob und in welcher Höhe der Unternehmer auch bei Aufhebung des Vertrages seine Forderungen gegen den Besteller gemäß § 648 BGB. sichern kann.

Einleitung.

I. Die rechtliche Notlage der Bauwerkunternehmer und die Notwendigkeit von Schutzbestimmungen.

Bereits vor dem Weltkriege bestanden seit langer Zeit sehr große Mißstände im Baugewerbe. Es wird allgemein zugegeben, daß diese Schwierigkeiten auch heute noch nicht beseitigt sind. Ihr Vorhanden-

sein vor dem Kriege geht schon daraus hervor, daß ein besonderes Gesetz zur Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 geschaffen wurde. Der sogenannte Bauschwindel war natürlich besonders in Großstädten mit stark wachsender Bevölkerung und daher reger Bautätigkeit weit verbreitet. Gewöhnlich erstreben und erzielen die Bauherrn große Gewinne, während die Bauhandwerker schwer geschädigt werden. Vor dem Kriege, als sich das Privatkapital in der Wohnungsbauwirtschaft rege beteiligte, waren Bauschwindeleien an der Tagesordnung. Es wurde nach dem sogenannten Berliner Hausbaurezept „gearbeitet“ [1]).

Die gleichen unhaltbaren Zustände wie vor dem Kriege werden zu erwarten sein, wenn unser Baumarkt durch die Beteiligung des Privatkapitals wieder in Fluß kommt, falls bis dahin nicht durch eine Reform unseres Bürgerlichen Gesetzbuches Abhilfe geschaffen ist. Aber auch schon heute bei der verhältnismäßig geringen Bautätigkeit und der behördlichen Zwangswirtschaft zeigen sich ähnliche Mängel. Es kommt häufig vor, daß der Bauherr, der Baugelder aus öffentlichen Mitteln oder aus den aufgekommenen Hauszinssteuern erhält, die Bauhandwerker um ihre Forderungen prellt. Während meiner Tätigkeit als Referendar bei der Staatsanwaltschaft fielen mir diese Fälle wiederholt auf. Oft hatte der Eigentümer den Bau im ganzen einem vermögenslosen und gewissenlosen Unternehmer übertragen, der dann seinerseits mit den Handwerkern die Verträge schloß. In diesen Fällen stand den Bauhandwerkern nicht einmal der kärgliche Schutz durch Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB. zu, da sie den Vertrag nicht unmittelbar mit dem Besteller als Eigentümer des Grundstücks abgeschlossen hatten.

Die Sicherung durch Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB. ist aber auch dann völlig unzureichend, wenn das Grundstück bis zur äußersten Wertgrenze hypothekarisch belastet ist. Gerade in der heutigen kapitalarmen Zeit werden Neubauten erst dann begonnen, wenn eine Finanzierung des Baues gesichert ist. Besonders trifft dies bei den zahlreichen Bauten zu, die mit Hilfe von Hauszinssteuerhypotheken errichtet werden, denn eine Voraussetzung der Gewährung von Hauszinssteuerhypotheken überhaupt ist der Nachweis einer gesicherten Finanzierung des Bauplanes. Baugelder erhält man heute aber nur gegen Bestellung hypothekarischer Sicherheiten. Gerade bei Hauszinssteuerhypotheken geht die Beleihungsgrenze bis zu $^9/_{10}$ des Wertes des bebauten Grundstücks. In diesen Fällen hat also das Siche-

---

[1]) Auf die Vorkriegszustände kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. aber bes. Scherer in JW. 1902 S. 209; Oertmann in Jahrb. f. Nationalökonomie u. Statistik Bd. 60 S. 266 ff.; Hagelberg S. 1—3.

rungsmittel des § 648 BGB., der ja mindestens die Fertigstellung von Bauteilen zur Voraussetzung hat, wenig Wert.

Gegenüber solchen Zuständen ist es Pflicht des Staates, die wirtschaftlich Schwachen zu schützen und das Handwerk zu bewahren und zu stärken. Aber die Durchführung dieses sozialpolitischen Grundsatzes ist überaus schwer.

Aus den gleichen Erwägungen entstand das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, das einen weitergehenden Schutz der Baugläubiger durch allgemeine Sicherungsmaßregeln und eine spezielle dingliche Sicherung der Bauforderungen erstrebt.

Einschneidende gesetzliche Vorschriften zur Sicherung der Bauforderungen bringen aber leicht die Gefahr, daß der Kredit der Baugrundstücke geschädigt und dem Baugewerbe die nötige Kapitalbeschaffung noch mehr erschwert wird. Damit wäre dem Handwerk aber noch weniger geholfen, denn dann gäbe es weniger Arbeitsgelegenheiten.

Auch darf man die Forderungen an den Gesetzgeber nicht überspannen. Zu weit dürfte die Forderung der Interessenten bei der Beratung des BGB. gegangen sein, die Schutz durch eine besondere bevorzugte Hypothek verlangten. Anträge in dieser Richtung wurden daher auch als im Widerspruch zu unserem Grundbuchsystem abgelehnt[2]). Ein gewisses Risiko, wie es alle Gewerbetreibenden in Rechnung stellen müssen, muß auch von den Bauhandwerkern in Kauf genommen werden. Jedoch kann nicht geleugnet werden, daß selbst der vorsichtigste und gewissenhafteste Unternehmer durch das Gesetz nicht hinreichend geschützt wird[3]).

Vorläufig muß man sich aber doch wohl noch auf Jahre hinaus auf den Boden der Tatsachen stellen und das gemäß § 648 BGB. gebotene Sicherungsmittel voll auszuschöpfen versuchen, denn die Reform unseres BGB. ist noch in weiter Ferne.

II. Die allgemeinen Sicherungsmittel.

Der fast einzige und nach heutigem Rechte wirksamste Schutz der Bauhandwerker ist das Recht aus § 648 BGB., die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers zu ver-

---

[2]) Vgl. über Entstehungsgeschichte des § 648 BGB. Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker. Leipzig 1901; Janker S. 19 ff.; Simonsohn S. 43 ff.

[3]) Vgl. Budde in DJZ. 1906 S. 1221 ff.

langen. Die allgemeinen gesetzlichen Sicherungsmittel, die in anderen Fällen Schutz gewähren, sind meist im Baugewerbe nicht anwendbar. Durch die Vorleistungspflicht des Bauwerkmeisters gemäß § 641 BGB. ist die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes an der für den Bau zu leistenden Arbeit nach § 273 BGB. ausgeschlossen. Durch den Umstand, daß der von dem Bauhandwerker errichtete Bau wesentlicher Bestandteil des Baugrundstückes wird (§§ 94, 93, 946 BGB.) und deshalb derselben Rechtslage unterworfen wird, ist dem Unternehmer das ihm sonst durch § 647 BGB. gewährte Pfandrecht entzogen und ein Eigentumsvorbehalt an den eingebauten Sachen wirkungslos. Andere Sicherungsvorschriften für die Bauhandwerker treten nur ausnahmsweise ein. Nicht allzu häufig dürfte der Fall praktisch werden, daß der Bauhandwerker nach § 321 BGB. die ihm obliegende Leistung bis zur erfolgten Zahlung oder Sicherheitsleistung verweigern darf, weil nach Abschluß des Werkvertrages in den Vermögensverhältnissen des Bauherrn eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist. Meist wird der Bauherr schon vorher über nicht genügende Mittel verfügt haben, und § 321 BGB. greift nur Platz, wenn die schlechte Vermögenslage erst nach Vertragsschluß aufgetreten ist. Ein Anfechtungsrecht aber wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB.) oder wegen Irrtums (§ 119) hat nur dann den praktischen Wert, den Bauhandwerker zu schützen, wenn sie erfolgte, bevor Arbeiten an dem Bau vorgenommen wurden, weil sonst eine Rücknahme entweder ausgeschlossen oder fast wertlos sein dürfte.

Natürlich gibt es für den Bauherrn hinreichend genug gesetzliche Möglichkeiten, den Bauhandwerker durch Vertrag für seine Forderung die notwendige Sicherheit zu bestellen (z. B. Hinterlegung, Bürgschaft, Hypothekenbestellung usw.). Durch die große Konkurrenz und die wirtschaftliche Notlage sieht sich der Bauhandwerker häufig aber gezwungen, auf weitergehende vertragsmäßige Sicherungen zu verzichten. In diesen Fällen muß dann immer auf den gesetzmäßigen Schutz zurückgegriffen werden. In Wirklichkeit werden Sicherheiten, die im Verhältnis von Arbeitgebern häufig vorkommen, nicht von den ersteren, sondern von den letzteren gegeben. Die Arbeitnehmer also, die durch die gesetzlichen Vorschriften bereits zur Kreditierung der ihnen versprochenen Vergütung gezwungen sind, müssen überdies noch durch den Zwang der Lage den Arbeitgeber für seine Forderungen sicherstellen[4]). Nicht selten wird ihnen durch sogenannte Kautions-

[4]) Vgl. Lotmar II S. 663, 1. Lage des Handwerks IX, 406: Bausubmissionen in Breslau, bei denen der Meister „als Garantiesumme für gute Ausführung eine Kaution stellen muß, die bei den städtischen Bauten 10%, bei den fiskalischen 5% des Gesamtangebotes ausmacht".

schwindler nicht nur die Vergütung für ihre Arbeit vorenthalten, sondern auch die gestellte Kaution geht ihnen verloren. Mit Recht äußert Lotmar[5]), daß „ein ärgerer Hohn auf das Institut des Pfandrechtes als eine zu solchem Ausgang führende Anwendung nicht denkbar sei".

I. Hauptteil.

a) Inhalt und rechtliche Natur des Bauwerkvertrages.

Ein Bauwerkvertrag ist „ein Werkvertrag, der die Herstellung eines Bauwerkes oder Bauwerkteiles zum wesentlichen Vertragsinhalt hat"[1]). Der Bauwerkvertrag fällt also, wenn man das Verhältnis zwischen Unternehmer und Besteller betrachtet, nach herrschender Ansicht lediglich unter den Begriff des Werkvertrages, auch wenn der Unternehmer die Materialien zu besorgen hat. Ein Werkvertrag aber ist „ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich der eine Teil — der Unternehmer — zur Herstellung eines Werkes, der andere Teil — der Besteller — zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichten[2]). Gerade aber beim Werkvertrag ist die Abgrenzung zu anderen Vertragsformen nicht immer ganz leicht und unbestritten. Grundsätzlich ist nach dem Inhalte des Vertrages zu entscheiden, der bei einem Bauvertrage sehr verschieden sein kann.

Ein Auftrag wird fast ausnahmslos nicht in Frage kommen, da es für einen Auftrag wesentlich ist, daß der Beauftragte sich verpflichtet, das übertragene Geschäft unentgeltlich zu besorgen (§ 662 BGB.). Eine Vergütung wird in einem Bauvertrage regelmäßig ausdrücklich vereinbart sein; sie kann aber auch stillschweigend getroffen werden (§ 632 BGB.). Eine stillschweigende Vereinbarung ist immer dann anzunehmen, wenn sie aus den Umständen folgt, unter denen die Vereinbarung der Arbeit vor sich geht und die Herstellung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist[3]).

Auch ein Dienstvertrag wird regelmäßig bei Herstellung eines Bauwerkes nicht in Betracht kommen. Die Abgrenzung zum Werkvertrag ist theoretisch einfach, praktisch stößt man jedoch häufig auf Schwierigkeiten. Im allgemeinen pflegt man zu sagen, daß Gegenstand des Vertragsverhältnisses beim Dienstvertrage die Arbeit als solche, d. h.

---

[5]) a. a. O. I S. 387.
[1]) Oertmann in ArchBürgR. Bd. 38 S. 169 ff.
[2]) Planck Vorbem. I zum 7. Titel.
[3]) Lotmar I S. 121; Planck § 632, 2a.

ein bestimmtes Maß einzelner Dienstleistungen sei, während beim Werkvertrage hingegen der Arbeitserfolg, d. h. ein bestimmtes Arbeitsergebnis als solches ohne Berücksichtigung der hierzu erforderlich gewesenen Einzeldienstleistungen geschuldet wird[4]). Nicht entscheidend ist die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Arbeiters, denn auch ein selbständiger Meister kann einen Dienstvertrag schließen[5]). Auch kommt es nicht darauf an, wer die Gefahr trägt, denn die Gefahrtragung gehört nicht zum gesetzlichen Tatbestand des Werkvertrages, sondern ist eine Rechtsfolge[6]). Da das Gesetz keine sicheren Unterscheidungsmerkmale gibt, ist im einzelnen Falle „unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Gesamtheit der im Vertrage eingeräumten Rechte und Pflichten und unter Berücksichtigung der hervorgehobenen Gesichtspunkte eine Entscheidung zu treffen[7]). Wenn es auch durchaus möglich ist, daß ein Vertrag über die Herstellung eines Bauwerkes sich als Dienstvertrag darstellen kann, so wird doch ein derartiger Vertrag in der Praxis nicht vorkommen. Der Unternehmer verpflichtet sich nicht nur zu einem Tätigsein, sondern verspricht den Erfolg selbst, nämlich das fertige Bauwerk.

Ein Ausnahmefall, der hier nur erwähnt werden soll, stellt die Abrede dar, daß das Bauwerk nur zu einem vorübergehenden Zwecke errichtet werden soll und nicht in das Eigentum des Bestellers übergehen soll, wie dies z. B. beim Bau eines Zirkus oder einer Festhalle vorkommt. Dann liegt entweder Werkvertrag oder Dienstvertrag oder ein aus beiden gemischter Vertrag vor[8]).

Weiter ist zu berücksichtigen, daß der Unternehmer es in der Regel übernehmen wird, die Materialien zum Bau zu liefern. Auf Grund dieser Tatsache könnte man daran denken, einen Bauvertrag als Kaufvertrag anzusehen. Man kann sagen, daß Kaufvertrag und Werkvertrag einander verwandt sind[9]). Beide sind Austausch-

---

[4]) So Oertmann Vorbem. 1 zum 7. Titel; Staudinger Vorbem. IV, 1 zu den §§ 611 ff.; Cosack I § 147 unter I. 2; Crome, System II S. 642, 675; Landsberg I § 135; Mot. II S. 435, 471; Denkschrift S. 125/26.

[5]) Rümelin S. 31 ff.; Oertmann Vorb. 1 b zu den §§ 611 ff.; Lotmar II S. 856; Enneccerus § 365.

[6]) Anders allerdings Rümelin a. a. O.; auch Riezler S. 43 f.; Oertmann a. a. O., indem er Rümelin zustimmt. Dagegen Lotmar II S. 828 f.; Planck Vorbem. VIII, 2 zum 6. Titel.

[7]) Planck Vorbem. VIII, 2 zum 6. Titel; vgl. auch Lotmar II S. 326; Enneccerus § 365.

[8]) Vgl. RGZ. 13 S. 209; SeuffArch. 41 Nr. 99; 48 Nr. 254; OLG. 17 S. 418; Recht 1917 Nr. 2224; Planck § 651, 2 d; s. auch Lotmar I S. 205; Gierke III § 201 Anm. 7; Matthiaß § 123.

[9]) Staudinger Vorbem. III, 2 a zu den §§ 631 ff.

geschäfte[10]), unterscheiden sich aber dadurch, daß „Gegenstand des Werkvertrages das Werk als Erzeugnis von Arbeit bildet, während es sich bei dem Kaufvertrage nicht um Arbeit, sondern um Lieferung einer Sache oder eines Rechtes handelt“[11]). Auch Riezler (a. a. O. S. 54) gibt eine Unterscheidung, die aber nur — wie er selbst hervorhebt — „in der Regel“ brauchbar sein wird. Nach ihm wird nämlich „der Kaufvertrag in der Regel über bereits vorhandene fertige Waren abgeschlossen, von deren Beschaffenheit sich der Käufer bereits überzeugen kann; der Werkvertrag ist im Gegensatz dazu darauf gerichtet, daß ein noch nicht existierendes Produkt erst geschaffen oder ein bereits existierendes in eine neue Form gebracht werden soll“[12]). Danach wird ein Kaufvertrag in der Regel abzulehnen sein und ein Bauvertrag als Werkvertrag anzusehen sein. Zwar treffen hier Sachlieferung und Arbeitsleistung zusammen, aber in solchen Fällen muß entscheidend sein, ob die Lieferung oder die Arbeit als die Hauptsache anzusehen sind. In der Regel werden die Arbeiten die Hauptsache sein und die Materialien sich lediglich als Zutaten darstellen. Es handelt sich auch um ein erst herzustellendes Werk und um vorher noch nicht existierende oder wenigstens noch nicht so existierende Sachen[13]). Es soll ein Arbeitserfolg herbeigeführt werden, und für eine Eigentumsverschaffung ist kein Raum, da das Bauwerk ohne den Grund und Boden keine selbständige Existenz hat und mit der Einfügung in den Grund und Boden das Eigentum bereits auf den Besteller übergeht[14]).

Anders liegt dagegen der Fall, wenn nur Baumaterial, ein einzelnes Einrichtungsstück oder eine Maschine käuflich zu liefern sind und nebenbei die Verpflichtung besteht, das gelieferte Stück im Hause aufzustellen. Dann ist der Vertrag als Kaufvertrag zu behandeln[15]).

Zwischen Kauf- und Werkvertrag steht als Vertrag eigener Art der sogenannte Werklieferungsvertrag des § 651 BGB. Gemäß § 651 Abs. I finden die Regeln über den Kaufvertrag Anwendung, wenn sich der Unternehmer verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, und gemäß § 651 Abs. I Satz 2 ist vor allem die Anwendung der §§ 647, 648 BGB. ausgeschlossen, wenn der Unternehmer den Stoff bei Herstellung einer nicht vertretbaren Sache liefert. Da ein Bauwerk eine nicht vertretbare Sache im Sinne des § 91 BGB. ist und die nötigen Baumaterialien auch in der Regel vom

---

[10]) Planck Vorbem. VI, 2 zu den §§ 631 ff.
[11]) Planck a. a. O.
[12]) Zustimmend Planck a. a. O.; Staudinger a. a. O.
[13]) Vgl. Riezler a. a. O.
[14]) Prot. II S. 342.
[15]) Planck § 651, 2 d.

Unternehmer geliefert werden, so liegt der Gedanke, den Vertrag als Werklieferungsvertrag aufzufassen, nicht allzu fern. Da aber beim Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 Abs. I Satz 2 der § 648 BGB. ausdrücklich ausgeschlossen ist, so hat die Entscheidung über die rechtliche Natur des Vertrages auch hier entscheidende Bedeutung.

Auf Grund des § 651 Abs. 2 BGB. muß man aber annehmen, daß bei einem Bauvertrag ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung finden.

Eine gute Stütze findet diese Ansicht schon in der Entstehungsgeschichte des § 651 BGB. Der zweite Absatz des § 651 BGB. hatte ursprünglich folgende Fassung: „Hat der Unternehmer sich nur zur Beschaffung von Zutaten oder Nebensachen verpflichtet, so ist der Vertrag lediglich nach den Vorschriften über den Werkvertrag zu beurteilen. Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer sich verpflichtet hat, ein Bauwerk aus dem von ihm zu beschaffenden Stoffe auf dem Grund und Boden des Bestellers oder eines Dritten herzustellen." — Dieser letzte Satz wurde mit der Begründung, er sei selbstverständlich, von der zweiten Kommission gestrichen[16]). Daraus erkennt man also unzweifelhaft den Willen des Gesetzgebers, die Bauwerkverträge dieser Art den Regeln über den Werkvertrag zu unterstellen.

Aber auch der unzweifelhafte Wille des Gesetzgebers würde zur Begründung kaum ausreichen, wenn dieser Wille nicht auch im Gesetz selbst seinen Niederschlag gefunden hätte. In der Tat genügt der § 651 Abs. 2 BGB. vollkommen zur Begründung unserer Ansicht. Die Baumaterialien sind lediglich als Zutaten und Nebensachen aufzufassen. Das Gesetz selbst gibt für Nebensachen keine Begriffsbestimmung wie etwa beim Zubehör. Im Baugewerbe aber ist die Frage, was als Hauptsache zu bezeichnen ist, nicht schwer, da das Gesetz selbst für Grundstücke schon durch die §§ 94, 946, 947 Abs. 2 BGB. eine Auslegungsregel geschaffen hat. Daher ist bei Bauwerken stets das Grundstück als die Hauptsache anzusehen[17]), wenn das Bauwerk sein wesentlicher Bestandteil wird.

Man kann die Baumaterialien, wie Steine, Hölzer, Mörtel usw. aber durchaus auch als Zutaten auffassen und auch deshalb einen Werkvertrag bejahen.

Ob eine Sache nur Zutat ist, muß nach den Umständen des konkreten Falles und nach den Anschauungen des Verkehrs beurteilt werden, da das Gesetz selbst keine Begriffsbestimmung gibt[18]). Es er-

---

[16]) Vgl. Prot. II S. 342.

[17]) Vgl. Staudinger § 651 III; Schultz S. 19; M. Wolff, Sachenrecht § 72, I.

[18]) Planck § 651, 2c.

gibt sich aus § 651 Abs. 2 BGB., daß Zutaten immer Nebensachen sind. Aus diesem umfassenderen Begriff läßt sich eine engere Gruppe aussondern, welche als Zutaten erscheinen. Zutaten sind selbständige, körperliche Sachen im Sinne des BGB. Wie die anderen Nebensachen sind sie rein logisch Hauptsachen, welche erst dadurch Nebensacheneigenschaft erhalten, daß sie zu anderen Sachen in gewisse Beziehungen geraten[19]). Nicht umstritten ist aber, wozu der vom Unternehmer gelieferte Stoff, damit der Vertrag als reiner Werkvertrag anzusehen ist, nur als Zutat zu erscheinen habe. Mit Oertmann[20]) vergleichen die meisten die Sache, an der die Arbeiten anzubringen sind, d. h. das Arbeitssubstrat, mit dem, was der Arbeiter anfügt. Nach Riezler[21]) und Lotmar[22]) kommt es auf das Wertverhältnis des vom Arbeiter gelieferten Stoffes zum Arbeitssubstrat an, aber nicht zu dem bereits vorhandenen, sondern zu dem durch die Arbeit erst hinzuzufügenden Material. Lotmar[23]) begründet seine Ansicht damit, daß derjenige, der den gesamten Stoff zu der Sache, die er neu herzustellen hat, selbst beschafft, könne nicht bloß Zutaten liefern. Die Tatsache, daß der Bauhandwerker den gesamten Stoff beschafft, könne nicht damit bestritten werden, daß man erklärt, der Besteller liefere Grund und Boden und vielleicht Mauerwerk oder Unterbau. Diese Sachen sind nach Lotmar kein „Stoff", aus dem der Unternehmer die von ihm herzustellende Sache anfertigt. „Denn dann würde das Gebäude nur aus Nebensachen bestehen, die aber alle wesentliche Bestandteile sind!" Auch eine Berufung auf das römische Recht lehnt Lotmar[24]) ab, denn dieses nimmt allerdings locatio an[25]), kennt aber keinen Werklieferungsvertrag. Demnach kommt Lotmar zu dem Ergebnis, daß ein Werklieferungsvertrag nach § 651 Abs. I Satz 2 BGB. vorliegt und § 648 BGB. dem Bauunternehmer zu versagen ist. Er bezeichnet das Ergebnis selbst als „seltsam", erklärt aber, daß sich ein anderer Ausweg noch nicht geboten hat.

Die Ansicht Lotmars ist m. E. abzulehnen, weil sie zu einem unbilligen Ergebnis führt, und ein solches kann unmöglich im Sinne unseres Gesetzes liegen. Im Gegenteil, unser Gesetz wollte gerade den Bauunternehmer schützen. Nach Lotmar würde er aber des Schutzes durch § 648 BGB., der schon sowieso unzureichend ist und in vielen

---

[19]) Weil S. 45 f.
[20]) a. a. O. § 651, 2 a.
[21]) a. a. O. S. 63 ff.
[22]) a. a. O. I S. 213.
[23]) a. a. O. I S. 212, 213.
[24]) a. a. O. I S. 214 Anm. 1.
[25]) Vgl. l. 39 pr. d. de rei vind. 6, 1; l. 20 D. 18, 1; l. 22 § 2 D. 19, 2.

Fällen nicht zum Erfolge führt, noch entbehren. Denn in den meisten Fällen hat der Unternehmer den einzufügenden Stoff überwiegend oder ganz selbst geliefert[26]). Zu einem anderen und billigerem Ergebnis kommt man aber, wenn man wie Oertmann die Sache, an der die Arbeiten anzubringen sind, mit dem vergleicht, was der Arbeiter anfügt. Die einzubauenden Hölzer erscheinen dann ohne weiteres im Verhältnis zum Grundstück als Zutaten. Bei bloßen Reparaturen werden die Baumaterialien regelmäßig als Zutaten anzusehen sein[27]). Auch wenn man nach der noch möglichen Auffassung, die Oertmann (a. a. O.) hervorhebt, den gelieferten Stoff mit der Arbeit vergleicht, kommt man zu keinem anderen Ergebnis.

Auch das sachenrechtliche Moment, daß die Sachen, die in ein Grundstück eingebaut werden, einen wesentlichen Bestandteil desselben bilden und sofort in das Eigentum des Grundstückseigentümers fallen, bildet eine wertvolle Stütze der hier vertretenen Ansicht. Nach Riezler[28]) tritt dieser Gesichtspunkt nicht genügend hervor, wenn man einen Werkvertrag damit rechtfertigt, daß die Baumaterialien nur Zutaten seien. Diese Begründung berücksichtigt nach Riezler zu wenig, daß dieser sachenrechtliche Satz ein „Postulat strenger Rechtsregeln", eine notwendige Folge des sachenrechtlichen Grundsatzes der Verbindung ist. Ebenso erklärt Gierke[29]), daß schon aus diesem Grunde der Bauwerkvertrag trotz Beschaffung aller Baumaterialien durch den Unternehmer immer ein reiner Werkvertrag sei, falls der Bau auf dem Grundstück des Bestellers errichtet wird. Nach Gierke ist die gewöhnliche Annahme, daß die Baumaterialien bloße Zutaten seien, wenig befriedigend. Dieser Eigentumsübergang kraft Gesetzes ist auch der innere Grund, warum dem Bauunternehmer der Schutz des § 648 BGB. gewährt wurde. Kraft seiner Vorleistungspflicht ist er zum Einbau des Materials, das dadurch Eigentum des Grundstückseigentümers wird, verpflichtet. Er ist somit zur Sicherung seiner Forderungen etwa durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes nicht in der Lage[30]). Dadurch, daß die Zutaten durch das Einbauen sofort auf Grund der §§ 946, 94 BGB. dem Grundstückseigentümer zufallen, ist für eine besondere Eigentumsverschaffungspflicht, die zum Werklieferungsvertrag gehört, kein Raum[31]).

---

[26]) Ebenso Oertmann a. a. O.
[27]) Wie Oertmann § 651, 2a die h. M., vgl. Planck § 651, 2c; Staudinger IIIa; Warn. IV; Weil S. 35 ff.
[28]) S. 58 f.
[29]) a. a. O. § 201 Anm. 7.
[30]) Vgl. OLG. 1 S. 434.
[31]) Vgl. Oertmann § 633, 1b; Planck § 651, 2d.

Der Begründung einiger Schriftsteller — wie Gierke und Riezler —, die besonders das sachenrechtliche Moment hervorheben, soll durchaus nicht entgegengetreten werden. M. E. sind alle Begründungen zur Rechtfertigung des Ergebnisses heranzuziehen und können somit dazu beitragen, unsere Ansicht, daß ein Werkvertrag anzunehmen ist, nur noch fester zu begründen. Zu demselben Ergebnis kommt auch die durchaus herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung[32]).

Auf eine persönliche Mitwirkung des Unternehmers kommt es nicht an, auch der sogenannte „Bauentreprisevertrag" (Bauunternehmervertrag), d. h. der Bauvertrag, bei dem das Bauwerk nicht von dem vielleicht gar nicht sachkundigen Unternehmer selbst hergestellt wird, sondern durch von ihm zu gewinnende fremde Werkunternehmer, ist in Wahrheit ein Werkvertrag[33]). Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfall die persönliche Ausführung durch den Unternehmer vertraglich erforderlich sein kann. Dankwardt[34]) behauptet allerdings, daß bei der Entreprise nicht mehr von einem Werkvertrage, sondern nur von einem Lieferungskauf die Rede sein könne, da der Unternehmer nicht verspreche, das Werk selbst herzustellen, sondern nur dafür zu sorgen und einzustehen, daß es hergestellt werde[35]). Das Allgemeine Landrecht stand allerdings auf diesem Standpunkt[36]). Der Wortlaut des § 631 BGB. steht der Entreprise als Werkvertrag nicht entgegen, da hier der Unternehmer nur zur „Herstellung des versprochenen Werkes", und nicht etwa wie der Dienstverpflichtete nach § 613 BGB. im Zweifel zur persönlichen Leistung verpflichtet ist.

Vom Entreprisebau ist der sogen. Regiebau zu unterscheiden. In diesem Falle unternimmt der Eigentümer der Baustelle, bzw. des Bauwerkes, selbst die Herstellung des Baues und schließt nur die hierzu erforderlichen Einzelverträge mit den in Frage kommenden Meistern,

---

[32]) Vgl. außer den bereits erwähnten besonders: Dernburg II § 325 Anm. 9; Enneccerus § 376 II, 1b; Cosack I § 212; Matthiaß § 123 VIIIb; Landsberg § 137, 2 Anm. 2a; Schultz S. 20; Ochß S. 4ff.; Weil S. 37; Drost S. 25f.; RGZ. 97 S. 87; OLG. 1 S. 433; 2 S. 382; 11 S. 206; 17 S. 418 u. 422; SächsArch. 1901 S. 500.

[33]) Oertmann § 631, 1d; Planck Vorb. zum 7. Titel V, 1a; RGZ. 66 S. 4; 70 S. 28; JW. 1907 S. 326, 1908 S. 328; Werneburg S. 22; Riezler S. 18, 33; Dernburg II, 2 § 317 II, 3; Enneccerus § 370 I, 2e; Gierke III S. 201 III, 1; Oertmann in ArchBürgR. 38 S. 169.

[34]) a. a. O. S. 306.

[35]) A. M. Windscheid-Kipp, Pand. § 401 Anm. 3a; Dernburg, Pand. II § 113 Anm. 12; Riezler a. a. O. S. 13.

[36]) Vgl. I, 11 §§ 928, 929; vgl. auch Mot. S. 472f.; Dernburg, Privatrecht II § 199 Nr. II.

Lieferanten, Bauarbeitern, Tagelöhnern usw. selbst ab. Bei derartiger Sachlage ist die rechtliche Natur jedes einzelnen Vertrages nach Lage der Umstände zu prüfen, und der Vertrag nach den hier besprochenen Gesichtspunkten einzuordnen. Es können dann im Einzelfall Werkverträge, Werklieferungsverträge, Dienstverträge oder Kaufverträge vorliegen[37]).

Natürlich liegt dann ein Werklieferungsvertrag über bewegliche Sachen vor, wenn der Unternehmer nur Stoffe für den Bau, wie Ziegelsteine oder Mörtel, herzustellen und zu liefern hat[38]). Man kann auch einen Bauvertrag nicht immer als einen Werkvertrag behandeln. Möglicherweise ist das Bauwerk nach dem Vertrage auf einem dem Unternehmer gehörenden und erst nachher dem Besteller zu übereignenden Grundstück zu errichten. Dann finden die Vorschriften des § 651 Abs. I BGB. Anwendung[39]).

Es kann aber festgestellt werden, daß, abgesehen von den erwähnten Ausnahmen, ein Bauwerkvertrag, durch den der Bauunternehmer zur Herstellung eines Bauwerkes oder eines Bauwerkteiles, die andere Partei, der Bauherr, zur Zahlung der Bausumme verpflichtet wird, immer als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB. anzusehen ist. Auf einen derartigen Vertrag finden also die Vorschriften des siebenten Titels des BGB. Anwendung (§§ 631—650).

b) Die Sicherung der Forderungen des Unternehmers gemäß § 648 BGB.

Der allgemeine Endigungsgrund beim Werkvertrage ist, wie bei jedem Vertrage, die beiderseitige Erfüllung. Außerdem kann er allgemein durch contrarius consensus, d. h. durch einen übereinstimmenden auf Aufhebung des Vertrages gerichteten Parteiwillen zum Erlöschen gebracht werden. Außer diesen gibt es noch zahlreiche andere Aufhebungsgründe, die sich zum Teil aus den besonderen Werkvertragsvorschriften ergeben.

Gemäß § 648 BGB. kann der Unternehmer die Einräumung einer Sicherungshypothek für seine Forderungen aus dem Vertrage an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Die Sicherungshypothek entsteht also nicht ipso iure, sondern gemäß §§ 873, 1115 BGB. wie jedes

---

[37]) Werneburg S. 22.

[38]) Planck § 651, 2 d.

[39]) Vgl. Oertmann § 651, 2; Planck a. a. O.; RGZ. 94 S. 128; vgl. auch RG. in LZ. 1910 S. 622; DJZ. 1909 S. 1154; HansGZ. 1906 Beil. 275; OLG. 11 S. 204 f.; Enneccerus § 376 II, 1 zu Anm. 7; Staudinger Erl. II, 1 g u. III, b.

andere Recht an einem Grundstücke durch Einigung und Eintragung. Der § 648 BGB. gewährt also nur einen gesetzlichen persönlichen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek, einen sogenannten gesetzlichen Hypothekentitel[40]). Es entsteht nicht etwa kraft Gesetzes eine Hypothek oder ein Vorzugsrecht vor anderen dinglichen Belastungen des Grundstückes, das die Bauhandwerker bisher immer erstrebten[41]). Wenn also der Grundstückseigentümer die Eintragung der Sicherungshypothek bewilligt, so bedarf es keiner Klage des Unternehmers (§ 19 GBO.). In der Regel wird aber der Besteller die Hypothek nicht bewilligen wollen, und dann muß der Unternehmer den Klageweg beschreiten. Die verweigerte Einwilligung des Bestellers wird dann gemäß § 894 ZPO. durch das rechtskräftige Urteil ersetzt, das ihn zur Eintragung verurteilt. Dadurch wird dann der Unternehmer zur Stellung des Eintragungsantrages beim Grundbuchamte berechtigt (§ 13 Abs. 2 GBO.; § 895 ZPO.).

Nach § 648 BGB. wird nur der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines Teiles eines Bauwerkes geschützt. Zunächst ist festzustellen, daß das Gesetz eine Begriffsbestimmung für „Bauwerk" nicht gibt. Der Ausdruck „Bauwerk" wird noch in den §§ 638 (1012, 1013, 1016) BGB. erwähnt. Auch Motive und Protokolle geben keinen Anhaltspunkt. Es ist daher der allgemeine Sprachgebrauch und die Verkehrsauffassung heranzuziehen[42]). Mit Recht weist Oertmann darauf hin[43]), daß der Begriff des Bauwerkes nur in der Definition, aber kaum in der Anwendung des Lebens Schwierigkeiten machen kann. Jedenfalls ist man darüber einig, daß der Begriff „Bauwerk" mit dem Begriff „Gebäude" keineswegs identisch ist[44]). Ein „Gebäude" liegt nur dann vor, wenn das Werk Personen oder Sachen gegen äußere Einflüsse Schutz zu gewähren bestimmt ist[45]). Der Begriff des Bauwerks aber ist allgemeiner und ein weiterer als „Gebäude"[46]). Oertmann versuchte in der ersten Auflage den Begriff „Gebäude" mit „Bauwerk" im Sinne des § 648 BGB. zu identifizieren[47]). Er schließt sich jetzt

---

[40]) Vgl. Oertmann § 648, 2; Drost S. 41 ff.; Staudinger § 648, IIIa; Crome § 267, 2; Oberneck § 162, 1; Goldmann-Lilienthal § 648, 5; M. Wolff, Sachenrecht § 151 IV, 3b; RGRKomm. § 648, 3; Endemann § 175, 1c; Hachenburg S. 84 ff.

[41]) Vgl. Drost S. 13 f.

[42]) Ebenso Planck § 648, 2a; Staudinger § 648 II, 3a; RGZ. 30 S. 153; 56 S. 41.

[43]) a. a. O. § 648, 3b; auch im ArchBürgR. 38 S. 169 ff.

[44]) Vgl. Planck § 638, 3e; Staudinger II, 3a; Mot. III S. 470; M. Wolff, Grenzüberbau S. 87; Oertmann § 648, 3b; Drost S. 27.

[45]) M. Wolff, Grenzüberbau S. 88.

[46]) Vgl. Planck a. a. O.

[47]) Vgl. Oertmann § 836.

aber auch Martin Wolff an[48]). Unter „Bauwerken" versteht Martin Wolff[49]) „jedes von Menschenhand hergestelltes Werk, das sich als ein selbständiges Ganzes darstellt und mit dem Erdboden verbunden ist". Nach dem Reichsgericht ist ein Bauwerk „eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache[50]).

Bei Arbeiten, die nur mittelbar mit dem Bau in Beziehung stehen, kommt der Schutz des § 648 BGB. nur dann in Betracht, wenn sie vom Unternehmer des Baues als Nebenleistung zu dessen Herstellung ausgeführt werden müssen (z. B. Ausschachten, Sand anfahren usw.)[51]).

Nach § 631 Abs. 2 BGB. kann sowohl die Herstellung wie die Veränderung einer Sache Gegenstand eines Werkvertrages sein. Hieraus muß man folgern, daß § 648 BGB. nicht etwa nur die Errichtung eines Neubaues voraussetzt, sondern daß auch die Ausbesserung, Umgestaltung oder Erneuerung eines alten Bauwerkes oder eines Teiles eines solchen den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek gibt. Voraussetzung ist nur, daß die Reparatur auf Grund eines Werkvertrages geschieht[52]).

Zum Begriff des Teiles eines Bauwerkes ist durchaus nicht erforderlich, daß der Teil ein abgeschlossenes Ganzes bildet. Es genügt vielmehr jeder Umbau und jede Reparatur an einem Bauwerk, wenn sie nur zur Fertigstellung des Baues dient oder sonst zur Werterhöhung des Grundstückes beiträgt und als Lieferung eines Arbeitsresultates anzusehen ist[53]). Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt das Reichsgericht, indem es als Teile eines Bauwerkes alle die das Bauwerk im ganzen bildenden materiellen Ergebnisse der Einzelleistungen bezeichnet und ausdrücklich betont, daß es nicht erforderlich wäre, daß diese in körperlicher Abgegrenztheit vorlägen[54]).

Unternehmer eines Bauwerkes ist nicht nur derjenige, der auf Grund des mit dem Eigentümer des Grundstückes abgeschlossenen

---

[48]) Vgl. auch § 367 Ziff. 14 StGB.

[49]) Grenzüberbau a. a. O.

[50]) RGZ. 56 S. 41 f.; 75 S. 377 und auch die herrschende Lehre, vgl. Staudinger § 638, 5b; Werneburg § 638, 4; vgl. auch Bernhard in DJZ. 1910 S. 795.

[51]) Vgl. Planck § 648, 2b.

[52]) Vgl. Staudinger § 648 II, 3c; Neumann Bem. 1 zu § 648; Oertmann § 648, 3a; Kuhlenbeck § 648, 2; Dernburg § 317 I, § 323 IIb; Crome § 267, 2; RGZ. 56 S. 41; OLG. 2 S. 283; 22 S. 310.

[53]) Vgl. OLG. 2 S. 283; 12 S. 80; Recht 1907 Nr. 378.

[54]) Vgl. RGZ. 63 S. 312 ff.; ebenso auch Staudinger § 648 II, 3b u. 2b; Drost S. 29 f. unter Hinweis auf die Reichstagsverhandlungen; vgl. Enneccerus § 374; Planck § 648; Riezler S. 156 f.; Oertmann § 648, 3; Schultz IV; Crome § 267; Neumann § 648, 3.

Werkvertrages das Bauwerk herstellt, sondern auch der Bauhandwerker, der auf Grund eines derartigen Vertrages nur einzelne Arbeiten für das Bauwerk geleistet und in das Bauwerk eingefügt hat[55]).

Nicht erforderlich ist ferner, daß der Unternehmer die Arbeit gewerbsmäßig betreibt. Unbedingte Voraussetzung des Anspruchs aus § 648 BGB. ist nur, daß der Leistung des Unternehmers ein Werkvertrag zugrunde liegt. Auf andere Verträge findet § 648 keine Anwendung.

Ferner muß der Werkvertrag auch unmittelbar mit dem Besteller als Eigentümer des Baugrundstückes abgeschlossen sein. Der § 648 verlangt eine direkte Beziehung zum Bauherrn, da es sich um eine Sicherungshypothek am Baugrundstücke des Bestellers handelt und nur an diesem handeln kann[56]). Keinen Anspruch aus § 648 BGB. hat also der Bauhandwerker, der den Vertrag mit dem Bauunternehmer und nicht mit dem Bauherrn abgeschlossen hat. Diese Regelung führt oft zu Unbilligkeiten: oft ist der Unternehmer vermögenslos, und mit dem Bauherrn stehen die Handwerker in keinen vertraglichen Beziehungen. Es kommt auch vor, daß ein vermögensloser Unternehmer eingeschoben wird, um die Handwerker um ihre Forderungen zu betrügen[57]).

Voraussetzung des Anspruchs auf Sicherungshypothek ist das Bestehen einer Forderung aus dem Vertrage mit dem Besteller. Das erklärt sich, wie oben bereits bei Erläuterung des Verhältnisses zwischen Bauforderung und Sicherungsanspruch dargelegt worden ist, aus dem Wesen des § 648 BGB. als Sicherungsanspruch. Es ergibt sich aber auch ausdrücklich aus dem § 648 BGB., denn gemäß § 648 hat der Unternehmer eines Bauwerkes einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers „für seine Forderungen aus dem Vertrage". Nicht vorausgesetzt wird die Fälligkeit der Forderungen. Die volle Vergütung kommt aber nur nach Vollendung des Werkes in Betracht. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann der Unternehmer eine Sicherungshypothek nur nach Maßgabe der bisher geleisteten Arbeit verlangen (§ 648 Satz 2 BGB.). Ferner steht der Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek dem Unternehmer auch für die geleistete Arbeit nur insoweit zu, als diese dem Besteller geleistet und in das Baugrundstück verwendet worden ist[58]).

Sodann wäre festzustellen, daß der Anspruch auf Einräumung

---

[55]) Planck § 648, 2b; Stenogr. Berichte S. 2817.

[56]) Staudinger § 648, II 2b; Oertmann § 648, 4a; Crome § 267, 2; Planck § 648, 2d; Goldmann-Lilienthal S. 678; Riezler S. 156; RGRKomm. § 648, 1c; Drost S. 26.

[57]) Vgl. Werneburg S. 56.

[58]) RGZ. 58 S. 301; Gruch. 54 S. 940.

einer Sicherungshypothek das ganze Baugrundstück, d. h. das Grundstück, das den Bau trägt, umfaßt, einschließlich seiner unbebauten Teile[59]). Bei anderer Ansicht wären die Bauhandwerker den schwersten Schädigungen durch böswillige Besteller ausgesetzt, denn der bebaute Teil kann erheblich den Wert des ganzen Grundstückes steigern; auch wäre die praktische Durchführung der gegenteiligen Ansicht kaum möglich. Als selbstverständlich wird mit Recht angesehen[60]), daß — falls der Besteller außer dem Baugrundstück noch mehr Grundstücke hat — der Unternehmer die Bestellung einer Sicherungshypothek nicht auch an dem sonstigen Grundbesitz des Bestellers verlangt werden kann. Wird der bebaute Teil abgetrennt und auf ein besonderes Grundbuchblatt übertragen, so kann die Eintragung der Sicherungshypothek auch auf den unbebauten, nunmehr ein selbständiges Grundstück bildenden Teil verlangt werden[61]). Wenn mehrere Grundstücke bebaut werden, so kann der Unternehmer im allgemeinen nur Einzelhypotheken an jedem Grundstück im Betrage der Leistungen beanspruchen[62]). Ist aber in solchen Fällen die Vergütung einheitlich festgesetzt, so kann die Eintragung einer Gesamthypothek verlangt werden[63]).

c) Geschichtlicher Überblick.

Im römischen Recht gab es noch keine speziellen Vorschriften zur Sicherung der Bauhandwerker Man könnte aber an die Stelle l. 1 D. XX, 2 denken[64]). Danach stand in Rom demjenigen eine gesetzliche Spezialhypothek an einem Gebäude zu, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes ein Darlehen gegeben hatte. Es wurde also mehr der Baugeldgeber geschützt. Ferner weist man noch auf die Vorschrift in l. 5 D. XX hin[65]). Hier wird wegen versio in rem ein Pfandrecht ohne Beschränkung gewährt, wenn zur Erhaltung der

[59]) Anderer Meinung sind das OLG. Breslau, vgl. OLG. 12 S. 83; und Güthe II S. 1635. Diese Ansichten sind m. E. abzulehnen. Richtig dagegen: OLG. 36 S. 82 mit treffenden Gründen. In diesem Rahmen kann leider nicht näher hierauf eingegangen werden. Vgl. auch RGZ. 58 S. 303; Recht 1910 Nr. 2358.

[60]) Vgl. Drost S. 47.

[61]) OLG. 36 S. 82; RGRKomm. a. a. O. Erl. 4; Warneyer a. a. O. Erl. V.

[62]) RG. im Recht 1910 Nr. 2358.

[63]) KGJ. 36 A S. 259; Planck a. a. O.

[64]) „Senatus consulto, quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit qui redemptori domino mandante nummos ministravit."

[65]) Interdum posterior potior est priori; utputa si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam vel recificiendam ego credidero.

Sache eine Aufwendung gemacht worden war, z. B. zur Ausbesserung eines Schiffes. Dieses Pfandrecht geht allen anderen, auch den früher auf die Sache gelegten, vor, weil, wie Ulpian in l. 6 pr. D. XX, 4 darlegt[66]), das so gegebene Geld zur Erhaltung oder Verbesserung der verpfändeten Sache gedient hat. Aber auch hier steht das Pfandrecht nicht dem Werkmeister, sondern dem Baugeldgeber zu. Wenn auch versucht wurde, dieses Vorrecht in analoger Weise zugunsten der Bauhandwerker auszudehnen, so lehnt doch die herrschende Lehre des römischen wie des gemeinen Rechts diese Erweiterung ab, da sich der Schutz nur auf die Geldgeber bezog. Bei der überwiegenden Sklavenarbeit in Rom besteht kein besonderer Anlaß, das selbständige Handwerk zu schützen.

Während das gemeine Recht auf diesem römischen Standpunkt stehen geblieben war, gewährte zuerst das Preußische Allgemeine Landrecht den Bauhandwerkern den nötigen Schutz. Dieses Gesetz kam den Bedürfnissen seiner Zeit durch die §§ 971, 972 Teil I Titel 11 entgegen. § 971 bestimmt: „Bei unbeweglichen Sachen hat der Werkmeister in Ansehung der darin verwendeten Materialien und Arbeiten ein in der Konkursordnung näher bestimmtes Vorrecht." — § 972 lautet: „Dieses Vorrecht kann er, solange der Konkurs noch nicht eröffnet ist, auf die Sache auch ohne die besondere Einwilligung des Schuldners eintragen lassen." — Das Vorrecht des § 971 ALR. ist von der Preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 nicht übernommen worden und somit weggefallen.

Auch der Code civile gibt in Art. 2103 Nr. 4 und Art. 2110 dem Baumeister, Bauunternehmer, Maurer und den anderen Arbeitern, die gebraucht werden, um Gebäude, Kanäle und andere Werke irgendeiner Art zu errichten, wieder aufzubauen oder auszubessern, ein Vorzugsrecht auf das Grundstück bis auf die Summe, um die der Wert des Grundstückes zur Zeit der Veräußerung durch die daran gemachten Arbeiten erhöht ist. In das Badische Landrecht von 1909 ist diese Bestimmung des Code civile fast wörtlich übergegangen (Art. 2103, 2106, 2110). Ebenso bestanden besondere Bestimmungen zugunsten der Bauhandwerker in Bayern und Württemberg[67]). In den übrigen Bundesstaaten bestanden besondere Bestimmungen zugunsten der Bauhandwerker nicht[68]).

[66]) Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quot poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat.

[67]) § 12 des Hypothekengesetzes f. d. Königreich Bayern vom 1. Juni 1822; Art. 42, 78, 195, 199 u. 201 des Württemberg. Pfandgesetzes vom 15. April 1825.

[68]) Vgl. Gutachten von Hilse zum 20. Deutschen Juristentage 1889 S. 224.

II. Hauptteil.

a) Wandlung.

Der Unternehmer ist gemäß § 633 Abs. I BGB. verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern. Hieraus und aus der Natur des Werkvertrages überhaupt folgt, daß man beim Werkvertrage nur von Sachmängeln, nicht aber von Rechtsmängeln sprechen kann[1]). Die Sachmängel können entweder Fehler oder nicht vorhandene, aber zugesicherte Eigenschaften sein. Ein Fehler liegt nach § 633 Abs. I dann vor, wenn das Werk von einer solchen Beschaffenheit ist, daß der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder zu dem im Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufgehoben oder gemindert ist. Das Reichsgericht versteht unter „Fehler" eine „vom Normalzustand nachteilig abweichende Beschaffenheit"[2]). Der Unternehmer haftet — im Gegensatz zum Kaufvertrage § 459 Abs. I Satz 2 — auch für unerhebliche Mängel. Den gewöhnlichen Gebrauch bestimmt die Verkehrssitte. Unter Zusicherung ist beim Werkvertrag die Übernahme einer Leistungspflicht zu verstehen, wenn der Unternehmer sich verpflichtet hat, die Sache so herzustellen, wie er zugesichert hat. Die Zusicherung kann positiv oder negativ sein. Entweder wird das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft oder die Abwesenheit eines bestimmten Mangels versprochen. Als Zusicherung einer Eigenschaft kann nicht jede Erklärung des Unternehmers über eine Eigenschaft des herzustellenden Werkes aufgefaßt werden, sondern nur eine derartige, „die vom Besteller als vertragsmäßige verlangt und vom Unternehmer in vertragsmäßig bindender Form abgegeben ist"[3]). Nicht jede Anpreisung kann als Zusicherung gelten, sondern nur die ernstlich gemeinte. Im allgemeinen wird man Ausdrücklichkeit der Zusicherung verlangen müssen, doch sind auch Fälle denkbar, in denen sie stillschweigend erfolgen kann. Doch muß man mit einer derartigen Annahme einer stillschweigenden Zusicherung vorsichtig sein, weil man sonst leicht den Boden unter den Füßen verliert. Beim Bauvertrage wird die Festlegung der Beschaffenheit im schriftlichen Bauvertrage genügen.

---

[1]) Planck, Vorbem. 2 zu den §§ 633—639.
[2]) Recht 1908 Nr. 733.
[3]) Planck § 633, 1a.

Ist das Werk mit einem Mangel im Sinne des § 633 BGB. behaftet, so hat der Besteller zunächst ein Recht auf Beseitigung (§ 633 Abs. II). Zur Beseitigung muß der Bauherr eine angemessene Frist setzen. Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn die Beseitigung vom bautechnischen Standpunkt aus möglich ist. Sie ist unmöglich, wenn das ganze Bauwerk neu hergestellt werden müßte, denn dadurch würde der Unternehmer verpflichtet, ein neues mangelfreies Bauwerk zu liefern, was nach der Rechtsprechung nicht zulässig ist[4]). Ebenso erübrigt sich eine Fristsetzung, wenn der Unternehmer die Beseitigung verweigert[5]). Auch ein besonderes Interesse an der sofortigen Geltendmachung des Anspruches auf Wandlung oder Minderung befreit von der Fristsetzung (§ 634 Abs. II BGB.). Die Fristsetzung muß außerdem noch die Erklärung enthalten, daß der Besteller nach dem Ablauf der Frist die Beseitigung des Mangels ablehne.

Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 634 BGB. kann der Besteller dem Unternehmer schon vor der Ablieferung des Werkes eine Frist setzen, damit der Unternehmer bereits vorhandene Mängel beseitige. Diese Befugnis muß auch auf das unvollendete Werk ausgedehnt werden, denn es wird meistens im Interesse beider Teile liegen[6]). Wenn das erst begonnene Werk schon Mängel aufweist, infolge deren es später doch als mangelhaft zurückgewiesen werden müßte, so kann dem Besteller nicht zugemutet werden, die Vollendung abzuwarten. Wenn der Besteller aber eine Frist setzen kann, um nach deren fruchtlosen Ablauf Wandlung oder Minderung verlangen zu können, so muß man ihm diese Ansprüche auch ohne Fristsetzung zubilligen, wenn die Voraussetzungen des § 634 Abs. II BGB. vorliegen[7]).

Der Unternehmer ist jedoch berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn diese einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde (§ 633 Abs. II Satz 2 BGB.). Dieser Fall wird im Baurecht gerade sehr häufig eintreten. Wenn der Außenputz z. B. eine kleine schlechte Stelle hat, kann der Bauherr nicht verlangen, daß ein großes Gerüst gebaut wird, um diesen unerheblichen Mangel zu beseitigen. Auch entfällt das Beseitigungsrecht, wenn der Bauherr den Mangel selbst z. B. durch ausdrückliche Anweisung verursacht hat. In diesem Falle müßte der sachkundige Unternehmer den Bauherrn aber auf die schädlichen Folgen aufmerksam machen. Die gleichen Folgen ent-

---

[4]) OLG. 17 S. 424; 20 S. 208; vgl. auch Warn. 1915 Nr. 78 Recht 1909 Nr. 2107.

[5]) Vgl. RGZ. 64 S. 296; RGRKomm. § 634 Anm. 4.

[6]) Vgl. OLG. (KG.) 17 S. 422; vgl. auch Dernburg II § 320 II, 2; Windscheid-Kipp II S. 751; vgl. auch § 646 BGB.

[7]) Vgl. OLG. a. a. O.

stehen, wenn der Mangel auf schlechte, vom Bauherrn selbst gelieferte Stoffe zurückzuführen ist [8]).

Liegen die besprochenen Voraussetzungen der §§ 633, 634 BGB. vor, so kann der Besteller gemäß § 634 Abs. I Satz 2 BGB. Wandlung oder Minderung verlangen. Diese Wandlungs- und Minderungsklagen sind die alten aus dem Edikte der römischen Ädilen stammenden Rechtsmittel der actio redhibitoria und der actio quanti minoris. Im BGB. wurde sie zunächst im Kaufrecht übernommen und dann auch auf den Werkvertrag übertragen. Die Wandlung, nicht die Minderung, ist gemäß § 634 Abs. III BGB. ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert. Es würde ja auch gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der fertige Bau wegen eines unerheblichen Mangels zerstört würde. Deshalb kann auch nicht der Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ. 66 S. 169) zugestimmt werden, weil sie Fehler und Fehlen von zugesicherten Eigenschaften unterscheidet und im letzteren Falle auch bei unerheblichen Mängeln den Wandlungsanspruch gibt. Das Gesetz behandelt beide Fälle gleich.

Die Wandlung ist ferner ausgeschlossen, wenn der Bauherr eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des Werkes verschuldet hat (§§ 351 Satz 1, 467, 634 Abs. IV). Der Bauherr kann auch nicht wandeln, wenn er das Bauwerk durch Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat; die Wandlung ist in diesem Falle aber nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat (§§ 352, 467, 634 Abs. IV BGB.). Die gleichen Folgen hat es, wenn der Bauherr das Bauwerk veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat, und bei demjenigen, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 BGB. oder des § 352 BGB. eingetreten sind.

Gemäß § 634 Abs. IV BGB. finden auf die Wandlung die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465—467, 469—475 BGB. entsprechende Anwendung. Die Wandlung ist gemäß der Definition des § 634 Abs. I Satz 3 BGB. die Rückgängigmachung des Vertrages. Der Besteller kann die Rückgängigmachung verlangen; er hat also ein Recht zur Wandlung. Dieses Recht ist kein Gestaltungsrecht, sondern ein Forderungsrecht, ein Anspruch. So ausdrücklich § 477 BGB. unter Anwendung der Verjährungsvorschriften. Auch ergibt es sich aus § 467 BGB., wo die Vorschriften über Rücktrittsrecht zur Anwendung gebracht werden und gerade § 349 nicht zitiert ist. Wie die Rückgängigmachung zu verstehen sei, ist bestritten. Es kann in diesem Rahmen nur

[8]) Vgl. Planck Vorbem. z. d. §§ 633—639 u. z. § 633; Levy a. a. O.; Riezler §§ 116 ff.; Oertmann zu § 633. Staudinger zu § 633; RGR. Komm. zu § 633.

kurz auf diese alte Streitfrage eingegangen werden. Die Rückgängigmachung läßt sich theoretisch in doppelter Weise verstehen Nach der Vertragstheorie ist darunter die Lösung des obligatorischen Vertragsbandes zu verstehen. Hiernach hätte der Besteller nicht die Möglichkeit, wie beim Rücktritt einseitig durch seine Erklärung das Vertragsverhältnis aufzuheben, denn § 349 BGB. kommt eben nicht zur Anwendung. Der Besteller könnte Wandlung nur verlangen; es wäre also ein einverständliches Mitwirken des Unternehmers nötig. Das scheint allerdings die Ansicht des Gesetzes zu sein, denn gemäß § 465 BGB. ist die Wandlung vollzogen, d. h. der Vertrag rückgängig gemacht, wenn der Verkäufer auf Verlangen sich damit einverstanden erklärt. Streng genommen wäre also, wenn der Verkäufer oder Unternehmer sein Einverständnis nicht erklärt, eine Klage auf Einverständnis und demnächst eine Klage auf Rückgewähr nötig, die allerdings nach der herrschenden Lehre[9]) verbunden werden können. Die Rückgängigmachung des Vertrages ließe sich aber auch dahin verstehen, daß darunter die Rückgewähr der bewirkten Leistungen zu verstehen wäre. Danach bestände der Anspruch des Bestellers unmittelbar darin, die Rückgewähr zu verlangen. § 467 BGB. ließe sich auch noch in diesem Sinne verstehen, schwerer schon § 465 BGB. Doch hat mit Recht die herrschende Lehre über diese Schwierigkeiten hinweggesehen und in der sogenannten Restitutionstheorie der zweiten Meinung den Vorzug gegeben. Nimmt man Verbindungsmöglichkeit der Klagen an, und folgt man dem RG., das sogar behauptet, daß in der Klage auf Rückgewähr auch ohne ausdrücklichen Antrag stets das Verlangen auf Einverständnis mit enthalten sei, so besteht praktisch zwischen den beiden Ansichten kein Unterschied[10]). Es ist demnach scharf zu scheiden:

A. Wandlungsrecht,
B. Wandlungserklärung, d. h. Erhebung des Anspruches auf Rückgängigmachung,
C. Wandlungsvollzug,
D. Wandlungsdurchführung und
E. Wandlungseinrede.

Danach hat der Besteller die Wahl, welchen der beiden Ansprüche er geltend machen will. Der Besteller ist an die betreffende Wahl erst gebunden, wenn sie vollzogen ist. Das Wahlrecht erlischt, wenn nach § 465 BGB. der Unternehmer sich mit einem der beiden Ansprüche einverstanden erklärt. Um die Unsicherheit der Rechtslage des Unternehmers in diesem Falle zu mildern, ist § 466 BGB. geschaffen.

---

[9]) So auch RGZ. 58 S. 425.
[10]) Vgl. Langheineken a. a. O.; Enneccerus § 333.

Im allgemeinen wird beim Werkvertrage der Besteller kein allzu großes Interesse an der Klage auf Wandlung haben. Er wird sich in der Regel auf die Wandlungserklärung beschränken, da der Unternehmer vorleistungspflichtig ist und der Besteller ruhig die Lohnklage des Unternehmers abwarten kann. Durch die Wandlungserklärung ist die Wandlung aber noch nicht vollzogen, weder durch Vertrag, noch gemäß § 465 BGB., noch durch Urteil. Der Besteller hat in diesem Falle nur einen Wandlungsanspruch. Dieser ist, da der Werklohn in der Regel noch nicht bezahlt sein wird, auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit gerichtet[11]). Der Wandlungsanspruch vor vollzogener Wandlung begründet aber eine Wandlungseinrede gegen die noch nicht erfüllte Werklohnforderung. Die Wandlungseinrede ergibt sich für die Zeit nach der Verjährung des Wandlungsanspruches, wenn die Voraussetzungen des § 478 BGB. gegeben sind, schon aus dem Gesetz. Der § 478 BGB. wird aber in § 634 Abs. IV BGB. nicht erwähnt. Eine Wandlungseinrede ist aber trotzdem zu bejahen, denn aus § 478 BGB. ergibt sich, daß hierdurch nicht die Voraussetzungen der Wandlungseinrede geregelt werden sollten. Es wird nur in § 478 BGB. hervorgehoben, daß auch nach der Verjährung die Zahlung verweigert werden darf. Die Wandlungseinrede ist aber auch allgemein vor Vollendung der Verjährung gegen den Anspruch auf Zahlung gegeben. Dafür läßt sich schon der allgemeine Grundsatz anführen, daß aus einem Anspruch auf Aufhebung eines gegnerischen Anspruches oder auf Befreiung von einer gegenüber dem Gegner bestehenden Verpflichtung immer eine Einrede gegen den gegnerischen Anspruch entspringt[12]). Da der Wandlungsanspruch auf Beseitigung der Verpflichtung zur Zahlung des Werklohnes gerichtet ist, so muß der Besteller eine Einrede gegen die betreffenden Ansprüche des Unternehmers haben, sobald der Wandlungsanspruch entstanden ist. Sodann wäre nicht einzusehen, warum der Käufer gemäß § 478 BGB. nur nach der Verjährung der Wandlung die Zahlung verweigern dürfe[13]). Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß dem Besteller auf Grund des Wandlungsanspruches die Wandlungseinrede zu gewähren ist.

Mit der Wandlungseinrede könnte der Bauherr einen schon gezahlten Werklohn nicht zurückfordern; er kann die Wandlungseinrede aber zur Verteidigung gegen den klägerischen Lohnanspruch benutzen.

Gemäß § 634 Abs. IV BGB. sollen auf die Wandlung beim Werkvertrag die für die Wandlung beim Kauf geltenden Vorschriften der

---

[11]) Vgl. Langheineken S. 229 f.

[12]) Langheineken S. 239.

[13]) Vgl. Oertmann § 478, 1; Simeon-David I, 2 § 60, 5e; Langheineken S. 240, auch Anm. 2.

§§ 465—467 BGB. und 469—475 BGB. entsprechende Anwendung finden. Gemäß § 467 BGB. finden aber wiederum die Vorschriften der §§ 346—348, 350—354 und 356 BGB. über das Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften, die also doppelt „entsprechend" anzuwenden sind, bietet aber bedeutend größere Schwierigkeiten als beim Kauf, denn das „Werk" läßt sich nicht so leicht wie eine Kaufsache dem Unternehmer zur „Verfügung" stellen. Daher sind die rechtlichen Schwierigkeiten der Durchführung der Wandlung erheblich. Das Reichsgericht[14]) sagt, daß die Wandlung beim Bauwerkvertrage, da dieser ein Werkvertrag sei, zulässig sei, da keine Ausnahmebestimmung vorhanden ist, die sie ausschließe. Die Schwierigkeiten lägen in der Durchführung. Mit letzterem Satze schließt die Entscheidung, ohne den Versuch zu machen, die erkannten Schwierigkeiten zu lösen. Eine endgültige Lösung dieser Frage ist bisher noch nicht gefunden worden. Während Werneburg[15]) sich im Rahmen seines Werkes darauf beschränkt, die Durchführung der Wandlung als schwierig zu bezeichnen, erkennt Stieff[16]) sehr wohl, daß diese Fragen noch „einer endgültigen Klärung bedürfen". Entscheidungen oberster Gerichte fehlen. Diese Tatsache, daß oberste Gerichte sich bisher kaum eingehend mit der Frage der Wandlung beim Bauwerkvertrag beschäftigt haben, beruht wohl auf dem Umstande, daß die Beteiligten infolge der rechtlichen Schwierigkeiten der Wandlungsdurchführung diese durch den in § 635 BGB. gegebenen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umgehen, da dieser Rechtsweg der bequemere ist. Trotzdem muß endlich eine Klärung dieser Frage erstrebt werden. Allein Oertmann hat sich in einem Aufsatze im Recht 1920 S. 153 mit dieser Frage speziell beschäftigt. Er bemerkt treffend, daß beim Kauf durch die Wandlung insbesondere wirtschaftlich der frühere Zustand wiederhergestellt wird. Beim Bauwerkvertrage würde sie dahin führen, dem Baumeister ein erst zur Erfüllung seiner Vertragspflicht hergestelltes Arbeitsergebnis aufzudrängen, an dem er häufig keinerlei eigenes Interesse hat und vielleicht keine andere Verwendungsmöglichkeit besitzen wird. Nach den §§ 634 Abs. IV, 467, 346 BGB. sind Bauunternehmer und Bauherr verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Soweit der Unternehmer Leistungen zurückzugewähren hat, entstehen keine Schwierigkeiten. Er hat das zurückzuzahlen, was er vom Bauherrn auf Grund des Vertrages erhalten hat. Falls also der Bauherr bereits auf die Bausumme einen Teil ausgezahlt hat, muß der

[14]) RG. in JW. 1903 Beil. S. 58.
[15]) a. a. O. S. 37.
[16]) a. a. O. S. 61.

Unternehmer diesen zurückgeben. Weiter ist der Unternehmer verpflichtet, Pläne, Zeichnungen, Vollmachtsurkunden, Grundbuchabschriften und sonstige Urkunden und Papiere des Bestellers diesem wieder auszuhändigen. Ebenfalls sind die Werkzeuge und Maschinen zurückzugeben, die der Bauherr vielleicht zur Verfügung gestellt hat. Auch die vom Bauherrn gelieferten Stoffe müssen abgegeben werden. Das Grundstück, auf dem der Bau errichtet werden soll, ist vom Unternehmer zu räumen und die vom Bauherrn gelieferten Baumaterialien sind auf dem Grundstück zu belassen oder dorthin zurückzubringen. Falls die Stoffe schon auf dem Grundstück des Bauherrn eingebaut sind, erübrigt sich eine Rückgabe. Möglicherweise sind die vom Bauherrn gelieferten Stoffe, wie z. B. Bauhölzer, vom Unternehmer zugerichtet, zugeschnitten oder sonst bearbeitet worden. Zunächst muß festgestellt werden, daß der Bauherr, der die zum Bau erforderlichen Stoffe geliefert hat, Eigentümer dieser Stoffe bleibt, auch wenn eine Bearbeitung oder Verarbeitung dieser Stoffe durch den Unternehmer stattgefunden hat. Es kann jedenfalls nicht angenommen werden, daß der Unternehmer Eigentümer der Stoffe wird, weil er sie gemäß § 950 BGB. verarbeitet oder umgebildet hat; in anderem Falle würde sonst jeder Fabrikarbeiter Eigentümer der von ihm in der Fabrik hergestellten Sachen werden. Dies wäre aber nicht der Sinn unseres Gesetzes. Man muß daher sagen, daß der Verarbeiter dann nicht Eigentümer der verarbeiteten Sachen wird, wenn er zu dem Stofflieferanten in einem Rechtsverhältnis steht, auf Grund dessen er den Stoff für den Stofflieferanten verarbeiten soll. Es ergibt sich aber auch aus dem Inhalte des Werkvertrages, denn der Unternehmer ist zur Herstellung des Werkes für den Besteller obligatorisch verpflichtet; ferner aus § 651 Satz 1 BGB., der nur beim Werklieferungsvertrage, nicht beim reinen Werkvertrage eine Verpflichtung des Unternehmers zur Eigentumverschaffung aufstellt. Es wird auch bestätigt durch § 647 BGB., der dem Unternehmer unterschiedslos ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten, in seinem Besitze befindlichen Sachen des Bestellers zuspricht. Mit diesen eingebauten und bearbeiteten Sachen erhält der Bauherr zugleich eine Arbeitsleistung des Unternehmers. Über die Rückgewähr dieser enthaltenen Arbeitsleistung wird später bei den Rückgewährpflichten des Bauherrn gehandelt werden. Die besonderen Kosten des Vertrages selbst, z. B. die Kosten der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung oder Beglaubigung hat der Unternehmer dem Besteller zu ersetzen (§ 467 Satz 2) [17]).

---

[17]) Riezler S. 27—29, 116ff.; Stieff S. 58ff.; Oertmann a. a. O.; Levy a. a. O.; Schöller S. 258ff.

Was die Pflichten des Bauherrn bei der Wandlung angeht, so ist zunächst festzustellen, daß er ebenfalls verpflichtet ist, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Daraus folgt zunächst, daß er selbstverständlich die vertragliche Bausumme nicht zu leisten hat, weder ganz noch gemindert. Er ist gemäß § 346 nur zur „Rückgewähr der empfangenen Leistungen" verpflichtet, denn durch die Wandlung erlischt das alte Schuldverhältnis und es entsteht ein neues mit den Rückgewährungspflichten. Was hierunter zu verstehen ist, soll im folgenden Teil erörtert werden. Aus dem Gesetz und der „entsprechenden" Anwendung der Vorschriften über den Rücktritt ist es nicht ohne weiteres zu erkennen.

Im allgemeinen werden die Bauunternehmer ihre Forderungen nach der Wandlung in drei Hauptposten geltend machen. Daß die vertragsmäßige gesamte Bausumme nicht in Frage kommt, ist bereits gesagt. Der Bauunternehmer wird trotz der Wandlung einen entsprechenden Betrag vom Bauherrn verlangen:

a) für Baustoff und Arbeit hinsichtlich des fertiggestellten Bauwerkteiles,

b) für Baustoff und Arbeit an den noch nicht eingebauten Teilen (Vorarbeiten),

c) an entgangenem Gewinn wegen der unterbrochenen Arbeit.

An diesem Beispiel kann am klarsten gezeigt werden, welche Forderungen dem Unternehmer nach der Wandlung zustehen. In dem Beispiel wird unterstellt — was in der Regel zutreffen dürfte —, daß der Unternehmer einen Teil des Bauwerkes mangelhaft fertiggestellt hat, und daß der Bauherr dann gewandelt hat. Weiter wird angenommen, daß der Unternehmer wie gewöhnlich auch die Baustoffe geliefert hat. Falls dagegen der Bauherr die Baustoffe geliefert hat, entstehen keine neuen Schwierigkeiten. Die nicht eingebauten erhält er dann zurück, bei den eingebauten erübrigt sich eine Rückgabe. Im übrigen werden in allen denkbaren Fällen ohne Rücksicht auf die Art der Arbeit immer wieder diese drei Posten ganz oder zum Teil wiederkehren, sei es, daß der Unternehmer einen ganzen Bau, einen Teil, z. B. ein Dach, oder sei es, daß er nur die Anstricharbeiten auszuführen hatte. In jedem Falle werden höchstens die drei Posten erscheinen, und Posten a) und b) werden sich aus Vergütung für Baustoff und Arbeit zusammensetzen.

Was die Forderung des Unternehmers unter c) anbetrifft, so bietet diese keine Schwierigkeit. Diese Forderung ist abzuweisen, denn da bei der Wandlung die Vorschriften über den Rücktritt entsprechende Anwendung finden, sind die beiderseitigen Leistungen zurückzugewähren. Der Werklohnanspruch entfällt und natürlich auch erst in der Zukunft erwarteter Gewinn.

Schwieriger gestaltet sich schon die Rechtslage hinsichtlich der gelieferten Baustoffe. Man muß die eingebauten Baustoffe und diejenigen angeschafften und vorbereiteten Baustoffe unterscheiden, die noch nicht eingefügt sind.

Für die angeschafften und vielleicht auf das Grundstück gebrachten Baustoffe — soweit sie noch nicht eingebaut sind — kann der Unternehmer keine Forderungen geltend machen. Was die auf sie verwendete Arbeit anbetrifft, soll darüber später gehandelt werden. Eine Forderung lediglich für diese Baustoffe wäre unbegründet, denn das Eigentum an diesen Stoffen steht noch dem Unternehmer zu, denn sie sind weder eingebaut noch übereignet. Der Unternehmer kann sie gemäß § 985 BGB. herausverlangen.

Für die Baustoffe aber, die bereits zur teilweisen Fertigstellung des Bauwerks verwandt sind, kann der Unternehmer unter dem Posten a) eine Forderung geltend machen. Eine Rückgabe des mangelhaften Werkes ist zwar nicht unmöglich, aber es kann dem Besteller nicht zugemutet werden, das Werk als solches zurückzugeben. Oertmann[18]) hebt dies mit Recht hervor, denn dadurch würde er nicht nur auf das Werk als solches verzichten, sondern auch auf den von ihm gelieferten und ihm gehörenden Stoff (z. B. den Baugrund). Durch eine solche Herausgabe des Werkes wäre keineswegs der Zustand vor Vertragsschluß hergestellt. Höchstens könnte der Bauherr gezwungen werden, die eingebauten Stoffe herauszugeben. Aber diese sind keineswegs das Werk selbst. Durch die bloße Rückgabe der Baustoffe würde der Unternehmer nicht seine aufgewendete Arbeit zurückerhalten. Ja, er müßte erst wieder neue Arbeit aufwenden, um die Baustoffe wieder aus der Verbindung mit dem Grundstück zu lösen. Es ist daher zu billigen, wenn Oertmann mit den gleichen Gründen zu dem Ergebnis kommt, daß der Bauherr den fertiggestellten Teil behalten darf, daß aber dem Unternehmer in Höhe der dem Besteller verbleibenden Werkleistung ein Wertersatz zuzubilligen ist. Diesem Ergebnis kann nicht etwa entgegengehalten werden, daß man den Besteller dadurch schützen will, daß man ihm eine Herausgabe nicht zumutet, und daß man ihn trotzdem zur Zahlung eines Wertersatzes verurteilt. Man will durch diese Regelung sowohl Besteller als auch Unternehmer schützen. Der Besteller soll das teilweise hergestellte Werk billigerweise behalten und der Unternehmer nicht zur Rücknahme gezwungen sein, die für ihn keinen Wert hat und ihm nur noch weitere Kosten verursachen würde. Ein billiger Ausgleich ist daher nur zu schaffen, indem man dem Besteller das teilweise hergestellte Werk zuspricht und dem Unternehmer einen Wertersatz gewährt.

[18]) Recht 1920 S. 153 ff.

Diese Lösung scheint m. E. bis jetzt der billigste und dem Gesetz durchaus entsprechende Weg zu sein. Auf diese Weise wird auch die schwierigste Frage umgangen, auf wessen Kosten die Trennung zu bewirken wäre. Sie erscheint eigentlich unlösbar, da aus dem Wandlungsanspruch als solchem weder die eine noch die andere Partei verpflichtet ist, die Trennung zu bewirken und deren Kosten zu tragen. Wer nicht zustimmen kann, möge einen besseren Weg weisen. Ich kann Stieff[19]) nur in dem Punkte nicht zustimmen, wenn er sagt, daß diese Lösung, die er im Grunde billigt, dem Gedanken des Gesetzgebers nicht entspricht, der bei einer Wandlung grundsätzlich einen Austausch vorsieht und ausdrücklich die beiderseitigen Leistungen zurückgewährt wissen will. Diese Kritik kann unsere Ansicht nicht erschüttern. Richtig ist, daß das Gesetz grundsätzlich durch Verweisung auf die Wandlungsvorschriften beim Kauf und auf den Rücktritt einen Austausch der empfangenen Leistungen verlangt. Diese grundsätzliche Regelung ist aber nicht starr und unabänderlich, sondern eben nur ein Grundsatz, der durch besondere Ausnahmevorschriften abgeändert werden kann. In unserem Fall wird dieser Grundsatz durch die §§ 950, 946, 94, 93, 812ff. BGB. durchbrochen. In derartigen Fällen gehen letztere Bestimmungen als lex specialis den §§ 634 IV, 467, 346ff. BGB. vor. Es ist nicht zurückzugewähren, sondern der Wert zu ersetzen. Derartige Durchbrechungen von Grundsätzen durch Spezialbestimmungen kommen in allen Gesetzen in großer Zahl vor. Es ist sogar ein großer Vorteil; ein Gesetz soll und kann keine enge und starre Form haben, sondern soll biegsam und anpassungsfähig sein. Ja, es gibt sogar Gesetzesgrundsätze, die durch Ausnahmevorschriften derart durchlöchert sind, daß man sie schon fast als Ausnahmevorschriften bezeichnen kann.

Es widerspricht daher auch nicht dem Gesetz, wie Stieff meint, daß der Unternehmer nichts erhält, wenn das Bauwerk für den Bauherrn keinen Wert hat. Im Gegenteil, es entspricht durchaus dem Gesetz, denn Wertersatz für eine Sache ist nicht möglich, wenn diese keinen Wert hat. Stieff gibt auch selbst zu, daß sich Fälle denken lassen, wo es eine Härte wäre, dem Bauherrn eine Vergütung des Wertes aufzuerlegen, wenn das hergestellte Bauwerk weder ganz, noch in Teilen noch in den Materialien irgendwie verwendbar ist. Es ist immer, wenn man hier einen billigen Ausgleich erstrebt, zu berücksichtigen, daß fast regelmäßig der Unternehmer die Unbrauchbarkeit oder Wertlosigkeit selbst verschuldet hat.

Eine sehr beachtliche und interessante Frage schneidet

---

[19]) a. a. O. S. 61.

Schöller[20]) an. Es fragt sich nämlich, ob der Unternehmer wenigstens berechtigt ist, falls dies für ihn von Interesse ist, den Stoff auf seine Kosten in den früheren Zustand zurückzubringen. Dies kann für den Unternehmer in besonderen Fällen sehr wohl von Interesse sein, wenn der Stoff sehr kostbar ist und der Wertersatz, den er erhalten würde, unverhältnismäßig gering sein würde oder falls er überhaupt keinen Wertersatz erhalten würde, da die Sache in dem augenblicklichen Zustande für den Bauherrn wertlos ist. Diese Frage ist zu bejahen. Allerdings ist der Bauherr Eigentümer des Werkes geworden und als solcher grundsätzlich in seinen Eigentumsrechten unbeschränkt. Aber auch dieser Grundsatz der Unbeschränktheit des Eigentums ist nicht starr und unabänderlich, denn der Eigentümer ist nur unbeschränkt im Rahmen der Gesetze[21]). In unserem Falle besteht die Verpflichtung zur Rückgewähr der Leistungen nach § 346 BGB. darin, daß der Bauherr die Loslösung des Werkes vom Stoff durch den Unternehmer dulden muß. Der Unternehmer ist also berechtigt, die von ihm gelieferten Baustoffe gegen Herstellung des früheren Zustandes[22]) wieder zu trennen.

Zweifelhaft ist die Frage, ob die aufgewendete Arbeit zu ersetzen ist. Gemäß § 346 BGB. ist für geleistete Dienste der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrage eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten. „Danach würde trotz der Wandlung der Anspruch auf Bezahlung der aufgewendeten Arbeit gerechtfertigt erscheinen." Diese Auffassung vertritt in der Tat Lotmar[23]). „Da der Arbeitnehmer immerhin den Werkvertrag in Vollzug gesetzt oder gar vollzogen und damit Dienste geleistet hat, so ist ihm vom wandelnden Besteller die im Vertrage in Geld bestimmte Gegenleistung zu entrichten" (§ 346 BGB.). Lotmar fühlt selbst, daß dieses Ergebnis nicht befriedigt, denn er sagt: „Das mag den Besteller von der Wandlung abhalten." Dieses Ergebnis kann m. E. nicht gebilligt werden, denn es würde dazu führen, daß der wandelnde Besteller trotz Mangelhaftigkeit des Werkes den vollen vereinbarten Gegenwert zu leisten hat. Damit würde eine Wandlung, die das Gesetz doch ausdrücklich gewährt, überhaupt unpraktisch. Das kann nicht der Sinn unseres Gesetzes sein. Das Gesetz zwingt aber auch nicht zu dieser Annahme. Zunächst ist mit Oertmann (a. a. O.) darauf hinzuweisen, daß die Anwendung des § 346 BGB. doppelt entsprechend ist (vgl. § 634, 4 und § 467 BGB.). Beim Rücktritt aber hat die Vorschrift des § 346 BGB.

[20]) a. a. O. S. 259.
[21]) Vgl. Art. 153 Reichsverfassung.
[22]) Vgl. § 258 BGB.
[23]) a. a. O. II S. 667.

ihren guten Sinn, denn sie beruht auf dem Gesichtspunkt eines zu unterstellenden Gleichwertes zwischen den geleisteten Diensten und der versprochenen Gegenleistung; die Wandlung setzt aber eine Minderwertigkeit der Leistung des Wandlungsgegners voraus. Es ist weiter Oertmann darin zuzustimmen, daß die sinngemäße Anwendung des § 346 BGB. dahin führt, „hier von dem Schlußsatz des § 346 BGB. überhaupt abzusehen und die Gegenleistung allein in Höhe des Wertes der vollzogenen und dem Besteller verbleibenden Werkleistung des Unternehmers zuzusprechen".

Die Vergütung von Dienstleistungen erfolgt aber nur, soweit das Arbeitsergebnis dem Besteller verbleibt. Daher erhält der Unternehmer für die Arbeit an den nur auf das Grundstück gebrachten, aber noch nicht eingebauten Stoffen überhaupt keine Vergütung, da sie an ihn herauszugeben sind. Der § 346 BGB. hat nur den Sinn, daß „der Rücktretende für seine Tätigkeit, deren Ergebnis ihm verbleibt, ein gewisses Entgelt leisten soll". Diese Regelung mag hart erscheinen. Der Unternehmer erhält wohl die vorbereiteten, aber noch nicht eingebauten Stoffe zurück und somit auch seine Arbeit, aber diese auf ein bestimmtes Bauwerk vorbereiteten Stoffe, z. B. für ein bestimmtes Scheunendach zugeschnittene Bauhölzer, wird der Unternehmer überhaupt nicht mehr oder wenigstens nicht so vorteilhaft verwenden können. Trotzdem darf man m. E. zu keinem anderen Ergebnis gelangen, denn der Unternehmer hat ja durch seine mangelhafte Arbeit die unvollständige Durchführung des Vertrages verschuldet. Unbillig für den Bauherrn aber wäre es, wenn er trotz Wandlung mehr als den Wert für den fertiggestellten Teil des Bauwerkes zu zahlen hätte.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Unternehmer nur eine dem Werte des fertiggestellten Bauwerkteiles entsprechende Vergütung erhält. Es handelt sich also — abgesehen von der Höhe — nur um den Posten a)[24]).

Es wird oft vorkommen, daß der Bauherr gegenüber den Forderungen des Bauunternehmers nach der Wandlung behauptet, noch eine Gegenforderung „wegen der Mangelhaftigkeit der Arbeiten" zu haben. Der Bauherr wird vielleicht z. B. geltend machen, daß die Fertigstellung des Baues sich durch die mangelhafte Arbeit des Unternehmers verzögert hat, oder daß durch die mangelhafte Ausbesserung der Scheune die Erntevorräte durch eindringende Nässe gelitten haben.

Hierzu ist zu sagen, daß die Mangelhaftigkeit des Werkes allein noch keine Schadensersatzforderung begründet. Nur wenn durch ein

[24]) Vgl. Oertmann § 634, 4b; Staudinger Erl. II, 3b; Planck § 634, 4; Hachenburg a. a. O. S. 71 ff.; Levy a. a. O.; RG. in JW. 1903 Beil. S. 58.

Verschulden des Unternehmers ein besonderer nicht aus dem Mangel allein entstandener Schaden erwachsen ist, so kann der Bauherr wegen dieses Schadens Ersatz gemäß § 276 BGB. fordern[25]). Man muß den Wandlungsanspruch und den aus § 276 BGB. abzuleitenden Schadensersatzanspruch unterscheiden. Der Unterschied zwischen beiden Ansprüchen liegt darin, daß bei ersteren „ein unmittelbarer Zusammenhang des Schadens mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Vertrage gegeben ist, während der Schadensersatzanspruch erst durch das Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses vermittelt wird[26]). Die mangelhafte Vertragserfüllung kann auch andere Schadensersatzansprüche erzeugen, die sich auch aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen nach §§ 823 ff. BGB. ergeben können[27]). Ein Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB. steht dem Bauherrn neben der Wandlung nicht mehr zu[28]).

Nunmehr soll festgestellt werden, ob der Unternehmer für seine Forderungen auf den Wertersatz nach der Wandlung die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB. verlangen kann.

Nach dem Wortlaut des § 648 BGB. hat der Unternehmer einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek für seine Forderung aus dem Vertrage. Gesichert ist also vor allem die gemäß § 631 BGB. dem Unternehmer zustehende Vergütung. Es ist aber bereits gesagt worden, daß der Unternehmer den vertraglichen Werklohn weder ganz noch teilweise erhält. Er hat lediglich einen Anspruch auf Wertersatz nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 951 BGB.) in Höhe des Wertes des fertiggestellten und dem Bauherrn verbleibenden Werkteiles. Man nimmt aber an, daß jeder andere Anspruch des Unternehmers, der seinen Rechtsgrund im Vertrage hat, gemäß § 648 BGB. gesichert wird[29]). Ebenso gewährt man eine Sicherungshypothek für alle Ansprüche des Unternehmers, die erst durch Hinzutreten besonderer Umstände zu dem Vertrage entstanden sind, und ihren Rechtsgrund zwar nicht allein in dem Vertrage haben, bei denen aber der Vertrag den Ausgangspunkt und die eigentliche Grundlage bildet[30]). Wenn der Anspruch auf Wertersatz auch sicher keine vertragsmäßige Werklohnforderung ist, so kann man m. E. dem Unter-

---

[25]) Vgl. Enneccerus § 371 Anm. 7.

[26]) RGZ. 95 S. 3 f.; vgl. auch RGZ. 93 S. 160; 71 S. 173 f.; 66 S. 16 f.; 64 S. 34; 62 S. 120 f.

[27]) OLG. 21 S. 207; RGZ. 64 S. 41; JW. 1906 S. 111; Planck § 635, 1 b, 2 a; Staudinger § 635, 3.

[28]) Planck § 635 1 b; RGRKomm. § 635, 3.

[29]) Vgl. Planck § 648, 2 a.

[30]) Planck § 647, 2.

nehmer doch den Sicherungsanspruch zubilligen, da der Vertrag doch die eigentliche Grundlage bildet und der Anspruch im Werkvertrage wurzelt.

b) Kündigung.

Man muß beim Bauwerkvertrag einerseits die Kündigung des Bauherrn und andererseits die Kündigung des Bauunternehmers unterscheiden.

Ein Kündigungsrecht einer Partei kann sich aus dem Vertrage ergeben. Es kann in dem Vertrage z. B. bestimmt sein, daß jede Partei den Vertrag mit der Frist von einem Monat kündigen kann. In diesem Falle endigt der Vertrag einen Monat nach der Kündigung. Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige, an keine Form gebundene, unwiderrufliche Willenserklärung (§§ 130 ff. BGB.). Diese Fälle der vertraglichen Kündigung bieten keine Schwierigkeiten. Daneben finden sich aber im Gesetz mehrfach gesetzliche Kündigungsrechte, die hier erörtert werden sollen.

1. Kündigung nach § 649 BGB.

Nach § 649 Satz 1 BGB. hat der Besteller das Recht, jederzeit den Werkvertrag zu kündigen. Dieses gesetzliche Kündigungsrecht ist ein besonderes dem Werkvertrage eigentümliches „Privileg" des Bestellers. Das Gesetz nimmt dadurch dem Unternehmer das Recht, ein begonnenes Werk unter allen Umständen vollenden zu dürfen, auch wenn dieser ein großes Interesse daran haben mag. Es ist z. B. sehr wohl möglich, daß einem Baumeister sehr viel daran liegt, ein größeres, das Interesse der Öffentlichkeit fesselndes Gebäude zu vollenden, um dadurch bekannt zu werden. Das Gesetz gibt dem Bauherrn jedoch die Befugnis, bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag zu kündigen, d. h. die Weiterarbeit zu untersagen. Einzige Voraussetzung für dieses Recht ist die Tatsache, daß das Werk noch nicht vollendet ist. Vollendet wird ein Bauwerk sein, wenn es dem Vertrage gemäß vollständig hergestellt ist. Ist der Bau an sich fertiggestellt, entspricht er aber nicht dem Vertrage, so wird man nicht von einer „Vollendung des Werkes" sprechen dürfen. Ist das Bauwerk jedoch vollendet, so steht das Kündigungsrecht dem Bauherrn nicht mehr zu, er ist vielmehr gemäß § 648 BGB. verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen. Im übrigen bestehen für das Kündigungsrecht gemäß § 648 BGB. keine weiteren sachlichen oder zeitlichen Voraussetzungen. Es ist äußerlich unbeschränkt, insbesondere auch keiner Begründung bedürftig[31]).

[31]) RGZ. 86 S. 107; vgl. aber auch RG. in Recht 1920 Nr. 2833.

Der Begriff der Kündigung ist hier der gleiche wie sonst im BGB. Eine besondere Formvorschrift besteht nicht[32]). Anderer Ansicht ist Kohler[33]). Er meint, „kündigen" heißt hier nicht wie gewöhnlich, daß das Schuldverhältnis in der Rechtslage, in der es sich befindet, sein Ende erreichen soll, sondern es soll hier heißen, daß der Kündigende über diese Rechtslage hinaus zu leisten hat, während der Unternehmer nicht weiter zu leisten verpflichtet ist. Kohler läßt hier die Grundsätze des Gläubigerverzuges eintreten, wonach das zurückgewiesene Angebot der Leistung wie eine Leistung behandelt wird. Die Kündigung bedeutet also hier Zurückweisung der Erfüllungsleistung des anderen Teils. Wenn es nun auch richtig ist, daß die Vorschrift des § 649 BGB. sich stark mit dem Gedanken eines Annahmeverzuges des Bestellers berührt, so ist sie doch als Kündigung anzusehen, denn es besteht kein Grund, hier von der allgemeinen Bedeutung des Wortes „Kündigung" abzusehen und anzunehmen, daß der Gesetzgeber sich hier im Ausdrucke vergriffen hat[34]). Dieses Kündigungsrecht ist nicht zwingender Natur, sondern dispositives Recht[35]).

Man könnte nun meinen, daß die Gewährung eines freien Kündigungsrechtes, das in das Belieben des Bestellers gesetzt ist, eine grobe Unbilligkeit enthalte. Das Gesetz geht aber von dem richtigen Gedanken aus, daß der Unternehmer an sich kein Recht auf die im Interesse des Bestellers liegende Ausführung selbst habe, und auch den Rücksichten auf etwaige Veränderungen in der Person des Bestellers Rechnung getragen werden müsse[36]). Durch die Kündigung erlischt der Vertrag für die Zukunft, für die Vergangenheit aber behält er seine Wirkung[37]). Die Pflicht des Unternehmers, das versprochene Werk zu vollenden, wird aufgehoben; er behält aber trotzdem seinen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung (§ 649 Satz 2 BGB.). Wenn es an einer Vereinbarung über die Höhe der Gesamtvergütung fehlt, kann der Unternehmer eine Rechnung aufstellen, als wenn das ganze Werk hergestellt worden wäre[38]). Der Unternehmer muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige

---

[32]) Vgl. Staudinger § 649 II, 2; vgl. auch Titze, Unmöglichkeit S. 307, 1.

[33]) a. a. O. II, 1 S. 204.

[34]) Ebenso Planck § 649, 1 a.

[35]) Planck a. a. O.

[36]) Mot. II S. 302 ff.

[37]) So Staudinger § 649 II, 1 a.

[38]) Staudinger § 649 II, 1 c; SeuffArch. 62 S. 394 Nr. 226; vgl. auch § 632 Abs. II BGB.

Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (§ 649 Satz 2 Teil 2 BGB.).

Es wäre nunmehr weiter zu prüfen, ob die wie oben in drei Posten geteilte Rechnung des Bauunternehmers gemäß § 649 Satz 2 BGB. begründet ist.

Die beiden Posten a) und b) sind m. E. gemäß § 649 Satz 2 BGB. gerechtfertigt. Die Forderung für Baustoffe und Arbeit hinsichtlich des fertiggestellten Bauwerkteiles ist berechtigt, weil sie Aufwendungen darstellt, die bereits zum Zwecke der Erfüllung des Vertrages gemacht sind. Dasselbe dürfte für den Posten unter b) gelten, der die Unkosten enthält, die durch die nötigen Vorarbeiten entstanden sind.

Nicht ohne weiteres berechtigt erscheint dagegen der dritte Posten „für entgangenen Gewinn wegen der entzogenen oder unterbrochenen Arbeit". — Aber auch dieser Posten unter c) muß m. E. vom Bauherrn anerkannt werden, da er durch § 649 Satz 2 gerechtfertigt ist. Durch den § 649, insbesondere Satz 2, soll der wirtschaftlich schwächere Unternehmer geschützt werden. Er soll nämlich so gestellt werden, daß er durch die Kündigung des Bestellers keinen unmittelbaren Schaden erleidet. Daher muß man den Anspruch auf entgangenen Gewinn auch als gerechtfertigt anerkennen, denn dieser Gewinn ist stets in dem Anspruch enthalten, der dem Unternehmer gemäß § 649 Satz 2 BGB. zusteht[39]). Der Unternehmer hat offenbar die Abstriche an seiner Forderung für das, was er infolge der Aufhebung des Vertrages erspart hat, schon selbst vorgenommen und beansprucht nunmehr den verbleibenden Verdienst. Wenn der Unternehmer aber gemäß § 649 Satz 2 BGB. die vereinbarte oder übliche Vergütung verlangen kann, so ist eine Forderung auf entgangenen Gewinn ebenfalls anzuerkennen, denn der Verdienst ist in der Vergütung enthalten. Die gesamte Vergütung, sei es die vereinbarte oder die übliche, wird sich in der Regel aus Selbstkosten und Verdienst zusammensetzen. Daraus ergibt sich, daß der Gewinn sich als ein Teil der Vergütung darstellt. Der Unternehmer wird also seine Selbstkosten bereits in Rechnung gebracht haben, ohne das Vorbringen des Bauherrn, daß ersparte Aufwendungen anzurechnen sind, abzuwarten. Gegen diese Selbstkürzung ist natürlich nichts einzuwenden[40]). — Auch wenn der Ausdruck „entgangener Gewinn" an einen Schadensersatzanspruch erinnert (vgl. § 252 BGB.), so ist doch nicht anzunehmen, daß der Unternehmer einen Schadensersatzanspruch geltend machen will, sondern die Forderung ist als Geltendmachung eines Teiles der Vergütung aufzufassen, denn die Aus-

---

[39]) Ebenso Schultz a. a. O. S. 27.
[40]) SeuffArch. 62 Nr. 226; RGZ. in JW. 1907 S. 362; OLG. 13 S. 425.

drucksweise der Parteien ist nicht entscheidend. Ein Schadensersatzanspruch würde ihm neben der Vergütung allerdings nicht zustehen[41]).

Demnach kommen wir zu dem Ergebnis, daß alle drei Posten durch § 649 Satz 2 BGB. gerechtfertigt sind.

Nunmehr wäre zu prüfen, ob der Unternehmer gemäß § 648 BGB. für diese Forderungen eine Sicherungshypothek beanspruchen kann. Voraussetzung allerdings wäre, daß der Anspruch aus § 649 BGB. überhaupt durch § 648 BGB. gesichert werden kann, und sodann, daß auch für die Forderungen in dem geltend gemachten Umfange eine Sicherungshypothek beansprucht werden kann.

Um entscheiden zu können, ob bei einem nach § 649 BGB. gekündigten Vertrage der Anspruch auf Vergütung überhaupt durch Sicherungshypothek gesichert werden kann, ist es erforderlich, auf den Wortlaut des § 648 BGB. zurückzugreifen. Aus dem Satz 2 ist zu entnehmen, daß es für den Anspruch auf Sicherungshypothek nicht erforderlich ist, daß der Bau vollendet ist. Also kann der Unternehmer auch im Falle der Nichtvollendung durch Kündigung gemäß § 649 BGB. Sicherung verlangen. Gemäß § 648 BGB. steht dem Unternehmer eines Bauwerkes der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek für die Forderungen aus dem Vertrage zu. Der Unternehmer kann also die dingliche Sicherung nur beanspruchen, wenn sich seine Forderungen gemäß § 649 BGB. als vertragliche darstellen. Die herrschende Meinung steht nun aber auf dem Standpunkt, daß trotz der Kündigung des Bauherrn der Lohnanspruch des Unternehmers als vertraglicher, nicht als Schadensersatzanspruch bestehen bleibt[42]). Diese Meinung wird mit Recht damit begründet, daß — trotz des Wortlautes „infolge Aufhebung des Vertrages" (§ 649 Satz 2 BGB.) — durchaus nicht das ganze Vertragsverhältnis beseitigt wird, sondern nur die eine Seite des Vertrages, nämlich die Pflicht des Unternehmers zur Erfüllung, während die Verpflichtung des Bestellers zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung bestehen bleibt. Zur Stützung kann man einmal den Wortlaut des Gesetzes heranziehen. Im § 649 BGB. spricht das Gesetz von dem Anspruch des Unternehmers auf die „vereinbarte Vergütung". Dagegen heißt es beim Verzuge des Bestellers im § 642 BGB. ausdrücklich, daß der Unternehmer eine „angemessene Entschädigung" verlangen kann. Sodann ist ein Schadensersatzanspruch im BGB.

[41]) Vgl. RG. in JW. 1907 S. 362; OLG. 7 S. 480; 39 S. 164; Recht 1907 Nr. 28, 1912 Nr. 864; Staudinger § 649 II, 1d; Lotmar II S. 850.

[42]) So Warneyer § 649 II; Oertmann § 649, 1 und Vorteilsausgleichung S. 38 ff.; Staudinger § 649 II, 1; Kisch a. a. O. S. 83 Anm. 4; Rümelin a. a. O. S. 291; Planck § 649 1c; Gierke III § 201 Anm. 98; Kohler II, 1 S. 371; Matthiaß § 123 VII; Schultz S. 29 ff.; OLG. 7, 480; RG. in SeuffArch. 62 S. 393.

grundsätzlich nur bei Verschulden gegeben. Die Ausübung des Kündigungsrechtes, das dem Besteller ausdrücklich durch § 649 BGB. gewährt worden ist, kann aber nicht als „Verschulden" angesehen werden; auch wenn der Besteller den Vertrag ohne Grund kündigt, denn er hat ein Recht zur Kündigung. Ebenso aber wie im gemeinen Recht[43]) ist auch im BGB. die rechtliche Natur des hier behandelten Anspruches bestritten. Die Vertreter der Ansicht, daß der Anspruch auf Schadensersatz gehe, sind in der Minderheit. Zu ihnen ist Endemann[44]) zu zählen, der sich für eine „einheitliche Feststellung des Schadens unter Berechnung des Vorteils oder der Ersparnisse" ausspricht. Besonders aber wendet sich Lotmar[45]) gegen die herrschende Lehre. Er begründet seine abweichende Meinung damit, daß Vergütung oder Entgelt nur für etwas tatsächlich Geleistetes verlangt werden kann; das liege schon im Namen selbst begründet. In den übrigen Fällen stellen die mit dem Worte „Vergütung" bezeichneten Ansprüche in Wirklichkeit eine Schadensersatzforderung für entgangenen Gewinn dar. Lotmar behandelt diese Ansprüche aber trotzdem nicht als Schadensersatzansprüche, sondern behauptet, daß das Gesetz in den Fällen, wo es die Ansprüche, die eigentlich doch Ersatzansprüche wären, mit den Worten „vereinbarte Vergütung" bezeichne, zum Ausdruck bringe, daß es diese als Entgeltleistung behandelt wissen wollte. Damit kommt Lotmar wie die herrschende Lehre zu demselben Ergebnis, das m. E. auch richtig ist, denn der § 649 Satz 2 BGB. wollte die Unternehmer schützen. Wenn man nun aber diesen Anspruch aus § 649 BGB. als Schadensersatzanspruch auffassen wollte, so würde dieser Zweck zum größten Teil verfehlt, denn dann würde den Unternehmern die Sicherung aus § 648 BGB. genommen.

Somit kommt die herrschende Meinung — und im Ergebnis auch Lotmar — zu der Annahme, daß dem Unternehmer für seine Ansprüche gemäß § 649 Satz 2 BGB. auch der Anspruch auf Sicherung gemäß § 648 BGB. zusteht.

Nicht unbestritten ist jedoch, ob dem Unternehmer die Sicherungshypothek für sämtliche Ansprüche aus dem nach § 649 BGB. gekündigten Werkvertrage zusteht. Gemäß § 648 BGB. kann nämlich, wenn das Werk noch nicht vollendet ist, die Einräumung einer Sicherungshypothek nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangt werden. Dieser Satz ist dahin zu verstehen, daß bei

---

[43]) Vgl. darüber Zubke S. 31 f.
[44]) a. a. O. Bd. I § 128 Nr. 9.
[45]) a. a. O. I S. 148, 149, II S. 590 Anm. 1.

Nichtvollendung des Werkes der Unternehmer nur die Ansprüche aus dem Teile der Arbeit, durch die der Wert des Grundstückes unmittelbar erhöht ist, durch Sicherungshypothek schützen kann. Die Ansprüche für die Arbeit an noch nicht eingebauten Stoffen und für die Stoffe selbst jedoch kann er nicht sichern. Natürlich erst recht nicht für in Zukunft erwarteten Verdienst. Diese Regelung erklärt sich aus dem ganzen Sinn des § 648 BGB., denn Absicht der Bestimmung ist, daß dem Unternehmer der Mehrwert, der durch seine Arbeit dem Grundstücke des Bestellers zuteil geworden ist, für seine Vergütung vorzugsweise hafte[46]). Wenn man also annimmt, daß § 648 Satz 2 BGB. auch Tatbestände umfaßt, in denen das Werk infolge Kündigung des Bestellers gemäß § 649 BGB. unvollendet bleibt, so muß der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek für die Vorarbeiten (Posten b) und für den entgangenen Gewinn (Posten c) abgelehnt werden. Der § 648 Satz 2 BGB. ist aber m. E. auch auf den Fall zu erstrecken, in dem das Werk infolge einer Kündigung des Bestellers nach § 649 BGB. nicht vollendet wird. Zu dieser Frage wird in der Literatur noch wenig Stellung genommen. Ohne nähere Begründung erklärt Güthe[47]), daß § 648 Satz 2 BGB. auch auf § 649 BGB. Anwendung finde. Ebenso Kretschmar[48]). Anderer Ansicht ist jedoch Schultz[49]), der seine abweichende Ansicht eingehend begründet. Trotzdem ist ihm m. E. nicht zu folgen. Er ist der Ansicht, daß § 648 Satz 2 BGB. auf den Fall des § 649 BGB. nicht zu erstrecken ist, denn dafür spreche insbesondere die gesetzliche Regelung des Kündigungsrechtes beim Werkvertrage. Der Unternehmer soll nach der Kündigung durch den Besteller durch Gewährung des Anspruches auf die vereinbarte Vergütung (§ 649 Satz 2 BGB.) so gestellt werden, als wenn der Vertrag vollständig erfüllt wäre[50]). Schultz folgert nun daraus, daß das Gesetz den Vertrag hinsichtlich der Vergütungszahlung als vollständig erfüllt ansieht, daß der Vertrag auch hinsichtlich der Bestellung der Sicherungshypothek als erfüllt angesehen werden muß. Er meint, es liege kein Grund vor, dem Unternehmer den Anspruch auf Vergütung zu gewähren und den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek auf den Teil der geleisteten Arbeit zu beschränken. Wenn also Schultz dem Unternehmer nach der Kündigung gemäß § 649

---

[46]) Vgl. Prot. II S. 326; Enneccerus § 374 Anm. 6; Fischer-Henle § 648, 2; Staudinger § 648 II, 4; Planck § 648, 2g; RGZ. 58 S. 303; 72 S. 283; JW. 1902 S. 70 (Beil.); Gruch. 54 S. 943; OLG. 36 S. 92.

[47]) 3. Aufl. II S. 1634.

[48]) a. a. O. S. 615.

[49]) a. a. O. S. 32 ff.

[50]) Vgl. Mot. II S. 208/09, 503; RG. in SeuffArch. 62 Nr. 226.

BGB. eine Sicherungshypothek in der vollen Höhe der Vergütung gemäß § 649 Satz 2 BGB. zubilligt, so ist das m. E. abzulehnen, weil dieser Ansicht der bereits dargelegte Gedanke des Gesetzes entgegensteht, daß dem Unternehmer nur der durch seine Arbeit entstandene Mehrwert des Grundstückes haften soll. Es ist nicht richtig, wenn er meint, daß, da der Unternehmer gemäß § 649 BGB. Anspruch auf die volle Vergütung hat, ihm auch der Anspruch auf Sicherungshypothek in voller Höhe zustehen muß. Das Gesetz will gerade die Höhe des Sicherungsanspruches, abgesehen von der Höhe der Gesamtvergütung, auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung beschränken.

Man muß also gegen Schultz zu dem Ergebnis kommen, daß der Unternehmer gemäß §§ 649, 648 BGB. eine Sicherungshypothek nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen kann. Obgleich der Unternehmer Anspruch auf Bezahlung sämtlicher geltend gemachter Posten hat, kann er doch die Einräumung einer Sicherungshypothek nur in Höhe des Postens a) verlangen, da um diesen der Wert des Grundstückes erhöht ist.

2. Teilkündigung.

Der Bauherr kann aber nicht nur den ganzen Vertrag kündigen, sondern ist auch zu Teilkündigungen berechtigt. Das ergibt sich schon aus dem Wesen der Gesetzesvorschrift als eines im BGB. üblichen Kündigungsrechtes[51]). Voraussetzung ist nur, daß das Werk auch in Teilleistungen abnahmefähig ist. Diese Voraussetzung kann auch bei einem Bauvertrage erfüllt werden, z. B. könnten bei einem Hausbau Rohbau, Innenausbau und Außenausbau als Teilleistungen unterschieden werden. Sehr oft werden Teilleistungen bei Reparaturen möglich sein, z. B. bei Malerarbeiten an einem Mietshaus ist die Fertigstellung einer von mehreren Wohnungen eine abnahmefähige Teilleistung. Enneccerus[52]) will zwar entgegen der herrschenden Lehre eine Teilkündigung im Zweifel nicht zulassen, weil sie unter Umständen eine schwere Unbilligkeit gegen den Schuldner enthält und daher nicht im Einklang mit der vermeintlichen Absicht des Gesetzes steht. Aber diese Bedenken können hier nicht bestehen, denn die Teilkündigung aus § 649 BGB. führt zu keiner Unbilligkeit gegenüber dem Unternehmer. Sie schmälert seine Rechte in keiner Weise, und hinsichtlich des vermutlich

---

[51]) OLG. 21 S. 207; Staudinger S. 1212; Riezler S. 159I; Planck § 649, 1b; Goldmann-Lilienthal S. 670, 2; Kohler in ArchBürgR. 13 S. 169.

[52]) § 248 II, 4 und Anm. 9.

entgegenstehenden Willens der Gesetzesvorschrift ist eher das Gegenteil zu behaupten. Es muß nur, wie Lotmar[53]) es ausdrückt, ein „lohnmessendes Ergebnis" vorhanden sein. Denn erst mit ihm kann „qualitative Unterwirkung" gegeben sein und daneben der Tatbestand der Kündigung vorliegen. Unterwirkung ist nach Lotmar überall gegeben, „wo ein Arbeitsvertrag hinter der normalen Arbeitswirkung dadurch zurückbleibt, daß er nicht zum bedungenen oder rechtlich gebotenen Vollzuge gelangt". Wenn beim Abbruch wenigstens ein lohnmessendes Arbeitsergebnis ganz vorhanden ist, so kann an diesem qualitative Unterwirkung gegeben sein und daneben der Tatbestand des Abbruches vorliegen. Diese Rechte, das Recht aus qualitativer Unterwirkung und das in § 649 BGB. gegebene Kündigungsrecht können nebeneinander geltend gemacht werden. Sie schließen sich nicht gegenseitig aus. So kann der Bauherr, wenn ein Teil des Werkes mangelhaft hergestellt ist, hinsichtlich dieses Teiles wandeln und hinsichtlich des Restes die Arbeiten untersagen, d. h. kündigen. Durch die Geltendmachung der Mangelhaftigkeit der bisherigen Arbeiten wird eine unberechtigte Bereicherung des Unternehmers vermieden, wie es im Sinne des in § 649 BGB. gegebenen Kündigungsrechtes liegt.

3. Kündigung nach § 650 BGB.

Einen weiteren Fall der Kündigung des Wertvertrages behandelt § 650 BGB. Eigentlich ist das Kündigungsrecht aus § 650 BGB. ein Spezialfall des § 649 BGB. mit zugunsten des Bestellers abgeschwächten Wirkungen.

Die erste Voraussetzung aus § 650 BGB. ist, daß dem Werkvertrage ein Kostenanschlag zugrunde gelegt ist, d. h. „eine Berechnung von Aufwendungen, die aus Sachleistungen, Amortisationen und Verzinsung des vom Arbeiter als Unternehmer in den Arbeitsmitteln angelegten Kostenkapitals bestehen"[54]). Dieser Kostenanschlag muß dem Vertrage zugrunde gelegt worden sein, ohne daß der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernommen hat, d. h. er muß unverbindlich sein. Bei einem verbindlichen Kostenanschlage dagegen trägt der Unternehmer das Risiko, d. h. er erhält auf alle Fälle nur die Summe des verbindlich zugrunde gelegten Kostenanschlages. Häufig soll der zugrunde gelegte Kostenanschlag aber nur einen ungefähren Anhalt für die voraussichtliche Höhe geben. Die zu entrichtende Vergütung bestimmt sich in diesem Falle nach den

---

[53]) a. a. O. II S. 613 u. 615, vgl. aber auch die einschränkende Anm. 1 auf S. 615.

[54]) Lotmar II S. 442.

bei der Ausführung des Werkes sich ergebenden Kosten und Arbeiten. Die Entscheidung darüber, welche Art des Kostenanschlages im einzelnen gewollt ist, ist nach den Umständen des Falles und nach der Verkehrssitte zu fällen (§ 157 BGB.).

Ein unverbindlicher Kostenanschlag muß dem Vertrage „zugrunde gelegt" sein, d. h. beide Parteien müssen im Vertrage auf den Anschlag Bezug genommen haben oder er muß direkt in dem Vertrage aufgenommen sein. Der Anschlag kann auch erst später aufgestellt werden. Unerheblich ist, wer ihn angefertigt hat. Eine besondere Form ist nicht vorgeschrieben[55]).

Ferner ist gemäß § 650 BGB. erforderlich, daß sich ergibt, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Anschlages ausführbar ist. „Wesentlich" ist hierbei ein sehr relativer Begriff und aus den Umständen des Falles festzustellen. Bei Bauverträgen kommt es oft vor, daß sich die Kosten höher stellen, als zuerst beim Anschlag zugrunde gelegt wurde. Ein klassisches Beispiel dürfte hierfür der Berliner Opernhausumbau in den Jahren 1926—1928 sein. Es spielen oft Grundwasserschwierigkeiten, baupolizeiliche Erinnerungen usw. eine Rolle. Eine geringe Überschreitung muß sich der Bauherr gefallen lassen. Der Grund der Überschreitung ist an sich gleichgültig; ein Verschulden des Unternehmers ist nicht erforderlich. Der Bauherr kann auch nach § 650 BGB. kündigen, wenn die Überschreitung durch ein unerwartetes Steigen der Löhne oder Materialpreise verursacht ist[56]). Das Kündigungsrecht aus § 650 BGB. entfällt aber, wenn der Anschlag überschritten wird, weil der Bauherr bei der Ausführung des Baues noch verteuernde Änderungen des Bauplanes vorgenommen hat. Der Unternehmer wird als Sachverständiger im allgemeinen dann die Pflicht haben, den Bauherrn auf die dadurch verursachten Verteuerungen aufmerksam zu machen.

Liegen die Voraussetzungen des § 650 BGB. vor, so kann der Besteller den Vertrag aus diesem Grund kündigen. Der Vorteil dieser Kündigung besteht aber im Verhältnis zu § 649 darin, daß der Unternehmer nur einen Anspruch auf „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen" zusteht (§ 645 Abs. I BGB.). Die Pflichten des Unternehmers sind die gleichen wie bei der Kündigung nach § 649 BGB.

Nach § 650 Abs. II BGB. hat der Unternehmer die Pflicht, dem Bauherrn unverzüglich Anzeige von einer erheblichen Anschlagsüberschrei-

[55]) Vgl. Planck § 650, 1, 2; Oertmann § 650; Staudinger § 650; Enneccerus § 375; Lotmar II S. 555 Anm. 4; Riezler a. a. O. S. 132.
[56]) Oertmann § 650 Anm. 1 b.

tung zu machen, d. h. eine dahingehende empfangsbedürftige Willenserklärung abzugeben (vgl. auch § 121 BGB.). Ein schuldhaftes Unterlassen oder Verzögern der Anzeige würde den Unternehmer zum Ersatze des daraus erwachsenen Schadens verpflichten[57]).

Bei der Frage, ob der Unternehmer Sicherung gemäß § 648 BGB. für seine Forderung verlangen kann, muß auf die entsprechenden Ausführungen über das Kündigungsrecht nach § 649 verwiesen werden. Ebenso wie der Anspruch des Unternehmers aus § 649 BGB. ist auch der Anspruch aus §§ 650, 645 BGB. ein vertraglicher Entgeltsanspruch und kein Schadensersatzanspruch. Dies ergibt schon die Wortfassung: „Teil der Vergütung". Ferner ist es zu folgern aus dem Umstand, daß er durch das Wort „nur" im § 650 zu dem umfassenderen Anspruch aus § 649 BGB. in Beziehung gesetzt ist. Für § 649 BGB. haben wir aber die Vertragsnatur des Anspruches eingehend nachgewiesen[58]).

Dem Unternehmer werden daher gemäß §§ 650, 645 Abs. I die oben angegebenen Posten a) und b) zustehen, da sie einen Teil der geleisteten Arbeit darstellen. Der Posten c) dagegen ist abzulehnen.

Eine Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB. kann aber nur für die Forderung in Höhe des Postens a) verlangt werden (vgl. darüber die entsprechenden Ausführungen bei der Kündigung).

4. Kein Kündigungsrecht analog den §§ 626, 627 BGB.

Ein weiteres Kündigungsrecht des Bestellers findet sich in den Vorschriften über den Werkvertrag nicht. Eine analoge Anwendung des Kündigungsrechtes beider Vertragsteile beim Dienstvertrage unter der Voraussetzung, daß ein wichtiger Grund vorliegt, ist mit der herrschenden Lehre[59]) abzulehnen[60]) (vgl. §§ 626, 627 BGB.). Unser Gesetz hat nach seinem Aufbau den Werkvertrag und Dienstvertrag streng geschieden. Demnach ist ein Rechtsverhältnis ausschließlich als Dienstvertrag oder als Werkvertrag zu behandeln[61]). Ein derartiges Kündigungsrecht ist dem Werkvertrage fremd und könnte nur durch Parteivereinbarung getroffen werden[62]). Die rechtspolitische Begründung der Ansicht Rümelins ist m. E. zu billigen; dieser Zweckgedanke darf aber nicht dazu führen, das Gesetz umzubiegen oder zu ergänzen. Im übrigen besteht kaum ein Bedürfnis zu einer so weitgehenden Analogie,

---

[57]) Oertmann § 650, 2; Staudinger § 650, 2 f.; RGRKomm. § 650, 2.
[58]) A. M. Riezler a. a. O. S. 147; Lotmar S. 640.
[59]) Vgl. Planck § 626, 2; Oertmann § 626, 9; Staudinger § 626 IV.
[60]) A. M. Rümelin a. a. O. S. 292.
[61]) Lotmar II S. 827.
[62]) Recht 1909 Nr. 2937.

da beim Werkvertrag auch ein Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzung anzuerkennen ist (vgl. darüber unten).

5. Kündigung gemäß §§ 643, 642 BGB.

Die Vorschriften über den Werkvertrag enthalten aber in den §§ 643, 642 BGB. auch ein dem Unternehmer zustehendes Kündigungsrecht. Danach muß zunächst eine Handlung des Bestellers bei Herstellung des versprochenen Werkes erforderlich sein. Beim Bauvertrage wird es häufig vorkommen, daß diese Handlung in der Verpflichtung des Bauherrn liegt, den Stoff für das betreffende Bauwerk zu liefern. Ferner ist Voraussetzung, daß der Besteller durch Unterlassen der betreffenden Handlung in Verzug der Annahme kommt. Für den Verzug des Bestellers sind die allgemeinen Bestimmungen des Gläubigerverzuges maßgebend (§§ 293 ff. BGB.), auf die in diesem Rahmen nur verwiesen werden kann. Wenn der Besteller entsprechend diesen allgemeinen Bestimmungen über den Gläubigerverzug durch Unterlassen der seinerseits zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung in Verzug der Annahme gekommen ist, so ist zur Begründung des Kündigungsrechtes des Unternehmers nach § 643 BGB. noch erforderlich, daß er dem Besteller eine angemessene Frist mit der Aufforderung setzt, innerhalb dieser Frist die betreffende Handlung vorzunehmen. Für diese Aufforderung sind als empfangsbedürftige Willenserklärung die §§ 130 ff. BGB. maßgebend. Bei der Bemessung der Frist muß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte das Interesse beider Parteien berücksichtigt werden. Zugleich mit der Fristsetzung muß gemäß § 643 BGB. der Unternehmer erklären, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen sei.

Die Einräumung dieses Kündigungsrechtes ist von großem sozialen Wert. Wenn dieses Recht nicht bestände, könnten oft große Unzuträglichkeiten und Ungerechtigkeiten entstehen, denn der Unternehmer müßte sich so lange zur Herstellung des Werkes bereit halten, bis der Besteller daran geht, die ihm obliegende Handlung vorzunehmen. Der dem Unternehmer gemäß § 642 Abs. I BGB. eingeräumte Entschädigungsanspruch für den Fall, daß der Besteller durch Unterlassen der ihm obliegenden Leistung in Verzug kommt, würde nicht immer einen genügenden Schutz des Unternehmers darstellen.

Durch die Kündigung nach § 643 wird der Vertrag aufgehoben. Der Unternehmer ist nicht mehr verpflichtet, das Werk herzustellen; er kann aber auch nicht die Entschädigung aus § 642 BGB. verlangen. Für die Vergangenheit aber bleibt der Vertrag bestehen. Nach der Kün-

digung kann nämlich der Unternehmer gemäß § 645 Abs. I Satz 2 BGB. einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Die Höhe des Unternehmeranspruches ist also in diesem Falle dieselbe wie die des Anspruches, der dem Unternehmer zusteht, wenn der Werkvertrag vom Besteller wegen wesentlicher Überschreitung des Kostenanschlages gekündigt worden ist. Es kann daher auf die Ausführungen oben S. 38 ff. verwiesen werden.

c) Rücktritt.

1. Rücktritt gemäß § 636 Abs. I Satz 2 BGB.

Der Bauwerkvertrag kann aber auch durch Rücktritt des Bauherrn aufgehoben werden.

Wenn der Unternehmer mit der Herstellung des Bauwerkes ganz oder zum Teil im Verzuge ist, so hat der Bauherr die hieraus sich nach allgemeinen Grundsätzen ergebenden Rechte (§ 636 Abs. I Satz 2 BGB.). Er kann also Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen. Der Bauherr kann aber auch gemäß § 326 dem anderen Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach Ablauf der Frist ist er berechtigt, vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist. Bei teilweiser nicht rechtzeitiger Erfüllung ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten (§ 326 Abs. I Satz 3, § 325 Abs. I Satz 2 BGB.).

2. Rücktritt gemäß § 636 Abs. I Satz 1 BGB.

Aber auch ohne ein Verschulden des Unternehmers besteht für den Bauherrn noch ein Rücktrittsrecht, wenn das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt ist (§ 636 Abs. I Satz 1 BGB.). Das Rücktrittsrecht fällt weg, wenn die Verzögerung auf einen Umstand zurückzuführen ist, den der Besteller zu vertreten hat. Höhere Gewalt, z. B. Arbeiterstreik, entschuldigt den Unternehmer im allgemeinen nicht; nur in gewissen Ausnahmefällen, z. B. bei Kürze der Lieferungsfrist, Nichterlangbarkeit anderer Arbeiter innerhalb dieser Frist u. dgl. kann ein solcher Streik dem Unternehmer zur Entschuldigung dienen.

In manchen Verträgen findet sich die Bestimmung, daß „Arbeitseinstellungen" eine Verlängerung der Frist für die Herstellung des Werkes bewirken. In diesen Fällen muß es Auslegungsfrage sein, ob darunter auch Aussperrungen, d. h. die von einem Arbeitgeber den Arbeitern aufgenötigten Arbeitseinstellungen zu verstehen sind [63]).

Die für die Wandlung geltenden Vorschriften des § 634 Abs. I bis III BGB. finden entsprechende Anwendung. Dieses Rücktrittsrecht setzt also nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes, Setzung einer angemessenen Frist mit der Erklärung, daß spätere Herstellung abgelehnt wird, und Versäumung der Frist voraus. Der Rücktritt kann auch ohne Fristsetzung erfolgen, wenn der sofortige Rücktritt durch ein besonderes Interesse des Bauherrn gerechtfertigt wird, oder wenn die Herstellung unmöglich ist oder verweigert wird. Dieser Rücktritt wirkt also ebenso wie ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht. Der Unternehmer hat aber, wenn ihn kein Verschulden trifft, nur die Bereicherung herauszugeben [64]) (§§ 327, 346—356 BGB.).

3. Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung.

Außer diesen Rücktrittsrechten ist aber auch in besonderen Fällen ein Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung möglich.

Eine positive Vertragsverletzung ist im Gesetze nicht ausdrücklich geregelt, durch Wissenschaft und Praxis aber herausgebildet und heute allgemein anerkannt. Unter positiver Vertragsverletzung ist nach Staub-Koenige [65]) „ein vom Schuldner zu vertretender Verstoß in der Vertragserfüllung zu verstehen, der sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und die besonderen Verhältnisse der Vertragsschließenden als so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teil nach den Umständen des Falles bei billiger Beurteilung die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann, daß also der Vertragszweck erheblich gefährdet ist" [66]).

In den regelmäßigen Verlauf eines Schuldverhältnisses (Erfüllung, evtl. Klage und Zwangsvollstreckung) schiebt das Gesetz die Regeln über Leistungsverzögerung (Verzug) und Leistungsunmöglichkeit und bei einzelnen Schuldverhältnissen über Schlechtleistung ein. Andere Störungen des Schuldverhältnisses kennt das Gesetz nicht. Man wäre angewiesen auf eventuelle Vertragsabmachungen (etwa Rücktritt und

---

[63]) RGRKomm. § 636, 1, 2.
[64]) Vgl. Enneccerus § 371.
[65]) Komm. z. HGB. § 374 Anm. 174.
[66]) RGZ. 93 S. 286; 63 S. 297; 57 S. 915; JW. 1926 S. 797. Gegen diese Fassung Enneccerus I, 2 § 278 II, 2 und Planck § 326 Erl. 5 c.

Vertragsstrafe) und auf unerlaubte Handlungen: hier setzte man ein (zuerst Staub) und suchte Möglichkeiten zu gewinnen, jener anderen Störung zu begegnen. Man empfand richtig, daß das Schuldverhältnis, da auf Leistung gerichtet, ein beiderseitiges Treueverhältnis des Gläubigers und des Schuldners in sich schloß. Zunächst fielen natürlich positive Gebarungen des Schuldners (daher der Name!) auf: Der Schuldner tut etwas, was er unterlassen müßte. Schwierigkeiten bot sowohl die Frage, welche Handlungen, bzw. unter welchem Vertretungsgesichtspunkt sie zu erfassen seien, als auch die Frage, welches die Folge sei. Für die erste Frage entschied man sich für die gesetzlichen Vertretungsgrundsätze bei Unmöglichkeit und für die zweite Frage wollte Staub die Grundsätze der Unmöglichkeit und des Verzuges anwenden, also analog den §§ 325, 326 BGB. Da das Schuldverhältnis den Zweck hat, zur Leistung zu führen, so muß ein diesen Zweck gefährdendes Verhalten unterbleiben. Verletzt ein Teil vorsätzlich oder fahrlässig diese Vertragstreue in der Art, daß der Vertragszweck gefährdet ist, d. h., daß dem anderen Teile Vertragstreue nicht mehr zugemutet werden kann, so gewinnt der andere Teil ein fristloses Rücktrittsrecht (in Analogie zu § 326 Abs. II BGB. ohne dessen besondere Voraussetzungen) [67]).

Man könnte nun meinen, daß beim Werkvertrag ein Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzung zu verneinen sei, weil ein besonderes Kündigungsrecht dem Besteller gewährt worden ist. Trotzdem ist auch beim Werkvertrag ein Rücktrittsrecht nach allgemeinen Grundsätzen anzuerkennen. Allerdings ist bei Verträgen, bei denen das Recht zur fristlosen Kündigung besteht, ein Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung ausgeschlossen, so bei Miete, Dienstvertrag und Gesellschaft (§§ 542, 626, 733 BGB.) [68]). Denn der Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung ist bei Dauerverträgen in Wahrheit eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde. Da aber beim Werkvertrage ein derartiges Kündigungsrecht wie beim Dienstvertrage (§ 626 BGB.) nicht besteht, so ist auch beim Werkvertrag ein Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung für zulässig zu erachten [69]).

Dieses Recht kann aber immer nur derjenige gebrauchen, der sich selbst als vertragstreu bewährt hat [70]).

Die Voraussetzungen des Rücktritts wegen positiver Vertrags-

---

[67]) Vgl. Staub-Koenige a. a. O.

[68]) Vgl. Simeon-David § 48.

[69]) Vgl. RGRKomm. § 325, 4; RGZ. 104 S. 16; JW. 1919 S. 40; Warn. 1918 Nr. 137; Titze, Unmöglichkeit S. 307 § 16 Anm. 15; Planck § 649, 3a, § 643, 5b; RGRKomm. § 649, 2a; Oertmann § 649, 1.

[70]) RGZ. 67 S. 319.

verletzung beim Werkvertrag sind entweder Gefährdung des Vertragszweckes oder ein besonderer, durch mangelhafte Erfüllung an sich noch nicht gegebener Schaden. Tatfrage muß es sein, ob die Leistung eine so fehlerhafte ist, daß sie den Vertragszweck vereitelt. Gerade bei Bauverträgen aber, die ein persönliches Vertrauensverhältnis voraussetzen, kann sich schon die Zerstörung oder erhebliche Gefährdung dieses Vertrauens, z. B. durch Beleidigungen, als eine positive Vertragsverletzung darstellen, die zur Verweigerung der Leistung berechtigt[71]). Auch die bestimmte Erklärung einer Partei, daß sie sich vom Vertrage lossage, kann genügen[72]). Ebenso würde die einseitige Aufstellung willkürlicher wesentlich erschwerender oder gar unmöglicher Bedingungen, z. B. Beschränkung der Zugänge zum Bau oder der Arbeitszeit auf dem Grundstücke zum Rücktritte berechtigen[73]). Vertragswidrig in diesem Sinne ist auch dasjenige Verhalten einer Partei, durch welches eine Pflicht verletzt wird, die das Gesetz, auch ohne daß sie einer Bestimmung des gegebenen Arbeitsvertrages entspricht, allgemein für Arbeitsverträge dieser Art und Gattung aufgestellt hat[74]). Hierhin würde die Verletzung von Sicherungsvorschriften auf dem Grundstück, mangelhafte Gerätschaften und Gerüste, die zur Verfügung zu stellen waren, das Verlangen von Arbeiten entgegen den baupolizeilichen Vorschriften, Unterlassen der erforderlichen Heizung der Räume usw. zu rechnen sein.

Lediglich eine mangelhafte Erfüllungshandlung genügt aber nicht, sondern es müßte dadurch ein besonderer, durch die mangelhafte Erfüllung an sich nicht gegebener Schaden verursacht sein. So würde z. B. die fahrlässige Ausführung der Arbeit, sofern infolgedessen die Sachen oder die Person des Gläubigers beschädigt werden, ein Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung rechtfertigen[75]).

4. Rücktritt wegen Unmöglichkeit.

Schließlich kann der Vertrag auch noch durch einen Rücktritt wegen Unmöglichkeit aufgehoben werden. Wenn das Werk durch einen Umstand untergeht, verschlechtert oder unmöglich wird, den eine Partei zu vertreten hat, so kommen die allgemeinen Vorschriften über das Unmöglichwerden einer Leistung bei gegenseitigen Verträgen zur Anwendung (§§ 645 Abs. II, 324—326 BGB.). Wenn der Unternehmer das

---

[71]) RG. bei Warn. 1910 Nr. 422.
[72]) RGZ. 57 S. 105.
[73]) RGRKomm. § 325, 4.
[74]) Lotmar I S. 245.
[75]) Vgl. Enneccerus § 278 I.

Unmöglichwerden verschuldet hat, so kann der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten; bei teilweiser Unmöglichkeit hat er diese Rechte hinsichtlich des unmöglich gewordenen Teils. Hat die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse, so hat er diese Rechte auch hinsichtlich des ganzen Vertrages. Durch ein Unmöglichwerden, das der Bauherr oder keiner von beiden zu vertreten hat, entstehen keine Rücktrittsrechte.

Was die Forderungen des Unternehmers und des Bauherrn nach erfolgtem Rücktritte und die Sicherung der Forderung des Unternehmers gemäß § 648 BGB. anbetrifft, so kann hier auf die Ausführungen bei der Wandlung verwiesen werden, da bei der Durchführung der Wandlung auch die Rücktrittsvorschriften Anwendung finden (vgl. oben S. 18 ff.).

d) Tod einer Partei.

Auch der Tod einer Vertragspartei wird in der Regel den Vertrag aufheben. Jedoch nicht immer hat der Tod die Lösung des Vertrages zur Folge, sondern es kann ein Übergang der Rechte und Pflichten auf die Erben stattfinden.

Der Tod des Unternehmers wird den Vertrag in den meisten Fällen aufheben, weil auch beim Bauwerkvertrag es sich meistens um Leistungen handeln wird, die gerade durch die Person des Verpflichteten vorzunehmen sind. Auch wenn bei einem Bauwerkvertrage kaum angenommen werden kann, daß er eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, so kann dennoch die Grundidee der Bestimmungen §§ 672, 675 BGB. m. E. als Stütze herangezogen werden. Im gewerblichen Leben kann sich allerdings aus den Umständen ergeben, daß der Tod des Unternehmers nicht die Auflösung des Vertrages zur Folge hat, wenn der Unternehmer als Vertreter des von ihm ausgeübten Gewerbebetriebes kontrahiert hat. Dann würden sich die vom Unternehmer übernommenen Pflichten mit dem Betriebe vererben[76]).

Dagegen wird der Tod des Bauherrn in der Regel den Bauvertrag nicht aufheben. In den Vorschriften über den Bauwerkvertrag findet sich keine entsprechende Bestimmung; aber auch hier kann der Gedanke des Gesetzes aus § 672 (675) BGB. — der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers — analog herangezogen werden. Falls sich also aus dem Vertrage nicht ein anderes ergibt, ist der Unternehmer verpflichtet, an die Erben des Bestellers zu leisten. Ist jedoch

---

[76]) Oertmann § 649, 7.

das Bauwerk zum persönlichen Gebrauch des Bauherrn bestimmt, so wird man annehmen müssen, daß der Vertrag durch den Tod des Bauherrn erlischt[77]).

e) Konkurs einer Partei.

Der Bauvertrag kann auch sein Ende erreichen, wenn eine der Vertragsparteien in Konkurs fällt, bevor der Vertrag vollständig erfüllt ist.

Fällt der Unternehmer in Konkurs, so hat der Konkursverwalter gemäß § 17 KO. ein Wahlrecht, ob er den Vertrag erfüllen und vom Besteller Erfüllung verlangen will oder nicht. Meist wird der Konkursverwalter ein Interesse daran haben, das Werk fertigzustellen, um der Masse Vergütung und Gewinn zuführen zu können. Häufig wird aber der Konkursverwalter des Unternehmers den Vertrag nicht erfüllen können, weil er nach dem Wesen des Werkes oder den Vertragsbestimmungen nicht an Stelle des Unternehmers den Vertrag erfüllen kann. Erfüllt der Konkursverwalter aber den Vertrag, so steht ihm für die Bauforderung auch das Recht aus § 648 BGB. zu, denn dieser Anspruch ist keineswegs höchst persönlich und nicht an die Person des Unternehmers als solche gebunden. Er kann also auch die Eintragung einer Sicherungshypothek und eventuell eine Vormerkung für deren Sicherung eintragen lassen.

Wird dagegen über das Vermögen des Bestellers das Konkursverfahren eröffnet, so ist die Lage des Unternehmers bedenklich verschlechtert. Auch dieser Fall ist ein gutes Beispiel für die ungünstige Lage des Bauunternehmers im BGB. Allerdings kann auch in diesem Falle der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners Erfüllung des Bauvertrages verlangen und seinerseits voll erfüllen (§ 17 KO.), aber von diesem Recht wird der Konkursverwalter des Bestellers in der Regel keinen Gebrauch machen, da er das Vermögen des Gemeinschuldners flüssig machen muß und die Anlage in Grundstücken und Bauten für die Verteilung unzweckmäßig sein dürfte. Der nach § 648 BGB. dem Unternehmer zustehende Anspruch auf Sicherstellung für seine Vergütung — mag das Werk bereits fertiggestellt sein und die volle Vergütung fällig und sicherungsberechtigt sein, oder mag erst ein Teil fertig sein und daher nur ein entsprechender Teil der Vergütung sicherungsberechtigt sein — begründet kein Absonderungsrecht im Konkurse. Es ist nur ein schuldrechtlicher Anspruch und begründet nur eine ge-

---

[77]) Vgl. Lotmar II S. 247; Riezler S. 158; Staudinger § 649 Ic; abweichend Oertmann § 649.

wöhnliche Konkursforderung (§§ 3, 14 KO.). Ist jedoch für den Unternehmer an dem Baugrundstück des Bestellers zur Zeit der Eröffnung des Konkurses bereits eine Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB. eingetragen, so kann er nach § 47 KO. abgesonderte Befriedigung verlangen (vgl. § 24 KO.)[78]). Ebenso günstig ist die Lage des Unternehmers, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung bereits eine Vormerkung eingetragen ist. Der Unternehmer kann dann gemäß § 24 KO. vom Konkursverwalter die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen[79]).

Erwähnt sei noch, daß, wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung des Bauwerkvertrages eintritt, nach § 26 KO. der andere Teil nicht berechtigt ist, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Beim Bauwerkvertrag kann diese Bestimmung praktisch werden, wenn der Unternehmer bereits mit dem Bauwerk begonnen hat oder auch schon einzelne für sich abnehmbare Teile geliefert hat.

---

[78]) RGZ. 78 S. 75.
[79]) Jaeger § 24 Anm. 7.

Lebenslauf.

Am 7. Mai 1904 wurde ich, Wilhelm Hermann Julius Stark, als Sohn des Lehrers Karl Stark und seiner Ehefrau Martha, geb. Beihl, zu Belgard in Pommern geboren. Ich besuchte zunächst vier Jahre eine Volksschule in Berlin-Lichtenberg, sodann das Kant-Realgymnasium in Berlin-Karlshorst und bestand hier 1923 das Abiturientenexamen.

Im Sommersemester 1923 ließ ich mich an der Berliner Universität immatrikulieren und studierte hier acht Semester Rechtswissenschaft. Am 27. Oktober 1927 bestand ich meine erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht in Berlin und wurde am 11. November 1927 von dem Herrn Kammergerichtspräsidenten zum Referendar ernannt. Augenblicklich bin ich als Referendar beim Landgericht I Berlin tätig. Die Doktorprüfung legte ich am 3. Dezember 1928 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau ab.

Es sei mir gestattet, auch an dieser Stelle Herrn Professor Dr. E. Bruck für die Förderung meiner Arbeit meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.

Der Verfasser.